



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **11711** DE 2002
(24 ABR. 2002)

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus atribuciones legales, en especial la contenida en el número 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, mediante resolución 7957 de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, abrió investigación en contra de Olímpica S.A., Incopac S.A. y José Rafael Álvarez Mesa, así como contra Antonio Char Chaljub y Carlos Barrera Ardila en su calidad de representantes legales de las sociedades mencionadas, al encontrar circunstancias configurativas de una posible violación de los preceptos contenidos en el artículo 4 de la ley 155 de 1959 y en el número 8 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

1 Obligación de información previa

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de adquirir control, fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, cualquiera que sea la forma jurídica de la misma.¹

Mediante contrato celebrado en el mes de febrero de 2001, Olímpica S.A. e Incopac S.A. adquirieron el establecimiento de comercio denominado "Autoservicio y Distribuciones El Gato", ubicado en la ciudad de Sogamoso y de propiedad del señor José Rafael Álvarez Mesa. En el contrato celebrado, se acordó que la *"enajenación del establecimiento se entenderá como hecha en bloque y comprenderá la totalidad de los elementos integrantes del establecimiento de comercio."*²

2 Acuerdos contrarios a la libre competencia

2.1 Abstención de producir bienes o servicios

Según el artículo 1 de la ley 155 de 1959 quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o

¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Única 010 de 2001.

² Condiciones y término de la venta del establecimiento del Contrato celebrado por las sociedades Olímpica S.A., Incopac S.A. y el señor José Rafael Álvarez Mesa. Ver folio 28 del expediente 01048776.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

indirectamente tenga por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Conforme con lo dispuesto en el número 8 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

En la cláusula quinta del contrato celebrado por las sociedades Olímpica S.A., Incopac S.A. y el señor José Rafael Álvarez Mesa,³ se estableció que el vendedor deberá *"abstenerse de organizar y poner en funcionamiento por término indefinido, uno o varios establecimientos de comercio por cuenta propia o por interpuesta persona que desarrollen actividades similares a las desarrolladas por Incopac y Olímpica."*

3 Autorización, ejecución o tolerancia

Según lo regulado en los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con la ley 155 de 1959, están sujetos a las sanciones allí contempladas, tanto las empresas infractoras como 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.

Como resultado del ejercicio de la representación legal, se infiere que quienes ostentan dicha calidad en las empresas involucradas, habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado las conductas recién descritas.

SEGUNDO: Mediante comunicación radicada bajo el número 01048776-20004 el apoderado de Olímpica S.A., Incopac S.A., Antonio Char Chaljub y Carlos Barrera formuló ofrecimiento de garantías y solicitó la clausura de la investigación. Dicho escrito posteriormente fue modificado mediante comunicaciones radicadas con los números 01048776-20019-20020, en las que se adquirieron los siguientes compromisos:

1 Olímpica e Incopac

1.1 Ofrecimiento

1.1.1 Respecto al deber de información del proceso de integración

"En vista de que a pesar de los argumentos expuestos en los memoriales precedentes, la SIC ha considerado que las garantías ofrecidas no son suficientes, mis poderdantes han resuelto modificarlas en el sentido de deshacer la operación de adquisición del establecimiento de comercio El Gato, mientras la SIC evalúa las características de la operación. Teniendo en cuenta lo anterior y con el objeto de que la Señora Superintendente pueda dar por terminada en forma anticipada la investigación, mis representados se comprometen a lo siguiente:

- "a. Constituir un patrimonio autónomo en una entidad fiduciaria autorizada por la Superintendencia Bancaria, al cual se aportaría el establecimiento de comercio comprado a El antiguo propietario de El Gato. La fiduciaria deberá administrar el establecimiento de comercio, con el fin de que la unidad económica que éste constituye continúe en operación, mientras OLÍMPICA e INCOPAC solicitan a la SIC autorización para llevar a cabo la integración empresarial a que hace referencia esta investigación. En el evento de que la SIC*

³ Obligaciones del vendedor.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

autorice la integración, la fiduciaria revertirá los derechos y obligaciones que componen el patrimonio autónomo a favor de los constituyentes. En caso contrario, procederá a enajenarlo a favor del antiguo propietario de El Gato, o de un tercero, en el evento de que no sea posible llegar a un acuerdo sobre el particular, porque aquél no esté en condiciones de adquirirlo ni de continuar con la explotación comercial del mismo. El patrimonio autónomo se constituirá y el establecimiento de comercio se entregará a la fiduciaria que se escoja para el efecto, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la aprobación de estas nuevas garantías, en su caso.

- "b. Presentarle a la SIC la totalidad de la información referente a la operación que dio origen a esta investigación, en los términos previstos por la Circular 010 de 2001 (Circular Única de la SIC), en concordancia con el Decreto 1302 de 1964, a efecto de que la Entidad pueda cerciorarse de que la mencionada operación no ha generado indebida restricción de la libre competencia. Dicha información se presentaría dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la aprobación de estas garantías.
- "c. En el evento de que la SIC encontrara que deben cumplirse requisitos adicionales que le brinden seguridad sobre tal circunstancia, mis representados se comprometen a llenarlos de manera inmediata y a acreditarlo así a la Entidad. De conformidad con lo propuesto en el literal "a" de estas nuevas garantías, si la SIC objeta la operación de integración, cuya autorización le sería solicitada en cumplimiento del literal "b" de las mismas, la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo procedería a vendérselo nuevamente al antiguo propietario de El Gato y, si ello no fuere posible, con la autorización previa de la SIC, se lo vendería a un tercero, es decir, a persona diferente de OLÍMPICA e INCOPAC, con lo cual se garantizaría que la operación de integración objetada no restringirá en forma indebida la libre competencia.(...)"

Así mismo, mediante comunicación radicada bajo el número 01048776-20026 el apoderado de Olímpica S.A., Incopac S.A., Antonio Char Chaljub y Carlos Barrera Ardila, atendiendo el requerimiento de la Delegatura para Promoción de la Competencia, dio contestación a los interrogantes formulados, de la siguiente manera:

"(...) por medio del presente memorial, procedo a dar contestación a los interrogantes formulados por su Despacho, en Oficio radicado bajo el No. 01048776-00020024 del 28 de febrero de 2002, en la siguiente forma:

"1. En caso de realizarse la operación quién(es) sería(n) los constituyentes del negocio fiduciario que usted plantea?

"Respuesta: Teniendo en cuenta que, de conformidad con los artículos 1.226 y siguientes del Código de Comercio, la conformación de un patrimonio autónomo implica la transmisión de la propiedad de los bienes que lo integran al fiduciario, los constituyentes en este caso serían los actuales propietario del establecimiento de comercio El Gato, esto es, las sociedades OLÍMPICA e INCOPAC.

"2.. En caso de realizarse la operación, quién(es) definiría(n) los lineamientos y criterios bajo los cuales desarrollaría sus actividades el establecimiento de comercio, mientras éste permanezca en cabeza del patrimonio autónomo.

"Respuesta: Los constituyentes, esto es, las sociedades OLÍMPICA e INCOPAC, establecerían, previa aprobación de la SIC, las instrucciones generales para la administración del establecimiento de comercio por el fiduciario. En dichas instrucciones se le ordenaría a este último que administre el

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

negocio en forma autónoma e independiente de OLÍMPICA e INCOPAC, con criterios de eficiencia y rentabilidad, en beneficio del negocio mismo. Simplemente se requeriría que el fiduciario presente informes periódicos sobre el desempeño del establecimiento de comercio.

"3. En caso de realizarse la operación, el agente fiduciario que se designe tendría alguna relación o vinculación empresarial con alguno de los constituyentes.

"Respuesta: OLÍMPICA e INCOPAC constituirían el patrimonio autónomo en Fiducolombia Sociedad Fiduciaria S.A., filial de Bancolombia, entidad más importante en las relaciones financieras de las dos empresas. Aparte de la relación contractual que se generaría por causa de la constitución del patrimonio autónomo, OLÍMPICA es titular de dos (2) inversiones en el Fondo Común Ordinario de la citada entidad, denominadas fiducuentas e identificadas con los números 4444-301791 y 0480-2000000. A 31 de marzo último, una y otra registraban saldos por valor de \$18.093.485 y \$458.606.259, respectivamente. No obstante, debe anotarse que OLÍMPICA e INCOPAC carecen de cualquier participación en el capital de la Fiduciaria y que los administradores de dichas empresas no ostentan cargos directivos ni administrativos en la misma.

"4. En caso de realizarse la operación, quién(es) sufragaría(n) los honorarios o remuneración que corresponda al agente fiduciario.

"Respuesta: OLÍMPICA e INCOPAC sufragarían los gastos iniciales de constitución del patrimonio autónomo e incluirían en las instrucciones al Fiduciario que deduzca sus honorarios del producido del establecimiento de comercio. En el evento de que dichos recursos resulten suficientes, o se ponga en peligro la operación del negocio, OLÍMPICA e INCOPAC se comprometerían a sufragar el faltante de dichos honorarios.

"5. En caso de realizarse la operación, a quien(es) correspondería(n) los ingresos operacionales o las pérdidas que se produzcan por el establecimiento de comercio, durante el tiempo que éste dure en cabeza del patrimonio autónomo.

"Respuesta: OLÍMPICA e INCOPAC instruirían al Fiduciario para que retenga las utilidades que se lleguen a producir durante el tiempo en que permanezca vigente el patrimonio autónomo, de tal manera que el establecimiento de comercio se pueda auto-sostener. En caso de que se produzcan pérdidas de tal naturaleza que pongan en peligro el funcionamiento del negocio, estas deberán ser asumidas por OLÍMPICA e INCOPAC, a no ser que, en atención al mal resultado económico del negocio, los constituyentes soliciten al Fiduciario que cierre el establecimiento y liquide los activos, decisión esta que sería comunicada a la SIC.

"6. Mientras el establecimiento permanezca en cabeza del patrimonio autónomo qué persona(s) tendrá(n) a su cargo el cumplimiento de las normas sobre libre competencia, así como el deber de verificar que a través o por conducto suyo, no se realicen violaciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

"Respuesta: OLÍMPICA e INCOPAC incluirían dentro de las instrucciones al fiduciario, obligaciones para los funcionarios que tengan a su cargo la administración del negocio, en el sentido de cumplir y hacer cumplir la normatividad sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como la referente a competencia desleal y protección al consumidor, lo mismo que de presentar a la SIC los informes que esta requiera en relación con sus operaciones.

"7. Qué instrucciones habrá de seguir la sociedad fiduciaria encargada, en el caso de que esta Superintendencia decida condicionar la operación de integración empresarial que dio origen a la presente actuación.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

"Respuesta: OLÍMPICA e INCOPAC incluirían dentro de las instrucciones al Fiduciario, la obligación de aceptar y poner en práctica la totalidad de los condicionamientos que lleguen a establecer la SIC, así como la de informar de manera oportuna, tanto a los constituyentes como a esta última entidad, sobre la forma y plazo de cumplimiento de tales condicionamientos.

"8. En caso de encontrarse por parte de esta Superintendencia que habrían existido o que existen motivos para objetar la operación de integración empresarial que dio origen a la presente actuación, qué procedimiento habrá de adelantarse por la entidad fiduciaria para enajenar el respectivo establecimiento de comercio a su antiguo propietario o a un tercero.

"Respuesta: Como se señaló en el memorial de ofrecimiento de garantías, en el evento de que la SIC encuentre motivos para objetar la operación de venta del establecimiento de comercio El Gato, el fiduciario, de acuerdo con las instrucciones que se le impartirían al momento de la constitución de patrimonio autónomo para el efecto y que constarían en el correspondiente contrato, deberá intentar rescindir la venta con el antiguo propietario del mismo, para lo cual se le podría otorgar un plazo de 120 días. En el evento de que dicho negocio no pueda ser realizado en el término mencionado, el fiduciario debería proceder a intentar la enajenación en bloque del establecimiento de comercio a un tercero, para lo cual contaría con un plazo adicional de 240 días. Si al cabo de este último término el establecimiento no ha sido enajenado, el fiduciario deberá proceder a pagar las deudas, liquidar los activos y entregar el remanente de dichas operaciones a OLÍMPICA e INCOPAC.

"9. En caso de encontrarse por parte de esta Entidad, que habrían existido o que existen motivos para objetar la operación de integración empresarial que dio origen a la presente actuación, quién(es) y bajo qué criterios definiría(n) el precio bajo de oferta del respectivo establecimiento de comercio.

"Respuesta: En caso de que se requiera su enajenación, el precio del establecimiento de comercio deberá ser determinado por el Fiduciario, teniendo en cuenta el valor de adquisición de los activos y los flujos de caja que genera el negocio, y de acuerdo con las instrucciones generales que se le impartirían en el contrato correspondiente. Dicho valor deberá ser comunicado a los constituyentes y, en caso de que no estén de acuerdo con el mismo, se realizaría un avalúo independiente, por un avaluador nombrado de común acuerdo por el Fiduciario y los constituyentes. El valor así obtenido, sería el que el Fiduciario utilice para la enajenación del negocio.

"10. En el evento en que la operación no se autorice por parte de la Superintendencia, qué ocurriría en caso de que ninguna persona natural o jurídica adquiriera el establecimiento de comercio. Cuál sería el plazo durante el que habría de realizarse la oferta de venta de dicho establecimiento por parte de la sociedad fiduciaria.

"Respuesta: Como se señaló en la respuesta al interrogante No. 8, en el evento de que la SIC encuentre motivos para objetar la operación de venta del establecimiento de comercio El Gato, el fiduciario, de acuerdo con las instrucciones que se le impartirían al momento de la constitución de patrimonio autónomo para el efecto, deberá intentar rescindir la venta con el antiguo propietario del mismo, para lo cual se le podría otorgar un plazo de 120 días. En el evento de que dicho negocio no pueda ser realizado en el término mencionado, el fiduciario debería proceder a intentar la enajenación en bloque del establecimiento de comercio a un tercero, para cuyo efecto contaría con un plazo adicional de 240 días. Si al cabo de ese término, el establecimiento no ha sido enajenado, el fiduciario deberá proceder a pagar las deudas, liquidar los activos y entregar el remanente de dicha operaciones a OLÍMPICA e INCOPAC.

"11. En caso de tener que enajenarse el establecimiento de comercio por parte del agente fiduciario, y si como resultado de dicha operación se da origen a nueva operación de

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

integración empresarial, quién(es) tendrían el deber de información previa de esta última.

"Como se señaló en la respuesta a la pregunta No. 6, OLIMPICA e INCOPAC incluirían dentro de las instrucciones al fiduciario, obligaciones para los funcionarios que tengan a su cargo la administración del negocio, en el sentido de cumplir y hacer cumplir la normatividad sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como la referente a competencia desleal y protección al consumidor, lo mismo que la de presentar a la SIC los informes que esta requiera en relación con sus operaciones.

"En atención a lo anterior, en el evento de que la enajenación del establecimiento de comercio constituya una operación de integración empresarial que deba ser informada a la SIC de conformidad con la ley, dicha información deberá ser preparada e informada por el fiduciario, ya que como consecuencia de la formación del patrimonio autónomo el establecimiento de comercio sale del patrimonio de OLIMPICA e INCOPAC.

"En los anteriores términos se absuelven todos los interrogantes formulados por ese despacho, sin perjuicio de quedar a las gratas órdenes de la señora Superintendente para cualquier aclaración o complemento que se considere oportuno(...)"

1.1.2 Respecto a la conducta de abstención de producir bienes o servicios

Los investigados se comprometen a:

"Modificar de común acuerdo entre OLÍMPICA e INCOPAC, por una parte, y el Señor José Rafael Álvarez Mesa, por la otra, mediante Otrosí, el Contrato del establecimiento de comercio denominado "Autoservicio y Distribuciones El Gato", ubicado en la Carrera 13 Nos 14 - 30 y 26, locales 101 y 102, de la ciudad de Sogamoso, Departamento de Boyacá, identificado con Matrícula Mercantil No. 21658, con el objeto de eliminar y, por consiguiente, dejar sin efecto alguno la obligación estipulada en la letra b) de la Cláusula Quinta, denominada "OBLIGACIONES DE EL VENDEDOR", a cuyo tenor, este último se abstendría de "... Organizar y poner en funcionamiento por término indefinido uno o varios establecimientos de comercio por cuenta propia o por interpuesta persona que desarrollen actividades similares alas desarrolladas por INCOPAC y OLÍMPICA."

1.2 Colateral

Como colateral ofrece una póliza de cumplimiento por un valor igual al 50% del máximo de la sanción contenida en el número 15 del artículo 4 del 2153 de 1992, con duración de una año a partir de la aprobación de las garantías por parte de la SIC.

1.3 Esquema de seguimiento

- Adoptar como política empresarial, la de consultar previamente con la SIC toda operación que pueda implicar integración empresarial, con el objeto de cerciorarse sobre el régimen de autorización general o especial aplicable a cada caso.
- Realizar un curso de capacitación para el personal ejecutivo de OLÍMPICA e INCOPAC sobre el contenido y aplicación del Derecho de la Competencia y, en especial, sobre las normas relacionadas con las integraciones empresariales. La capacitación se realizará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la aprobación de las garantías y de su realización se informará a la SIC dentro de los diez días hábiles siguientes a la culminación del curso.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

2 José Rafael Álvarez Mesa, expropietario del establecimiento "El Gato"

A través de comunicación radicada bajo el número 01048776-20025 el apoderado de Olímpica S.A., Incopac S.A., Antonio Char Chaljub y Carlos Barrera Ardila, allegó a este Despacho, oficio mediante el cual el señor José Rafael Álvarez Mesa, en su calidad de vendedor en la negociación del establecimiento de comercio "Autoservicio y Distribuciones El Gato", manifestó lo siguiente:

"(...) Que el suscrito acepta, comparte y coadyuva integralmente el ofrecimiento de garantías sometido a la ilustrada consideración de su despacho por las Sociedades Olímpica S.A. e Incopac S.A. y por sus representantes legales, mediante memoriales radicados el 5 y 6 de febrero últimos, bajo los números 01048776-00020019 y 01048776-00020020, respectivamente.

"En tal virtud y en los asuntos que conforme a dicho ofrecimiento me comprometen, en especial, en el propósito de modificar mediante un Otrosí el referido Contrato, con el objeto de eliminar y, por consiguiente, dejar sin efecto alguno la obligación a mi cargo, estipulada en la letra b) de la Cláusula Quinta, denominada 'OBLIGACIONES DE EL VENDEDOR', a cuyo tenor, éste último se abstendría de (...) Organizar y poner en funcionamiento por término indefinido uno o varios establecimientos de comercio por cuenta propia o por interpuesta persona, que desarrollen actividades similares a las desarrolladas por INCOPAC Y OLIMPICA', manifiesto igualmente a la Señora Superintendente que, de aprobarse las citadas garantías, el suscrito concurrirá de inmediato a cumplir los requerimientos de mi resorte y a la celebración de este Otrosí.(...)"

TERCERO: Para decidir lo solicitado este Despacho tendrá en cuenta que el ofrecimiento cumpla con los requisitos establecidos por el decreto 2153 de 1992, en concordancia con la ley 155 de 1959, así:

1 Numeral 12 del artículo 4 y artículo 52 del decreto 2153 de 1992

En uso de la facultad contemplada en el número 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, le corresponde a la Superintendente de Industria y Comercio decidir sobre la terminación de las investigaciones por posibles infracciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor ofrezca garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

La anterior atribución implica el uso de una potestad discrecional, sin embargo y como es apenas entendible, la discrecionalidad no puede traducirse en el desconocimiento del principio de legalidad, sino en la realización por parte de la administración de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitir el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de decidir.⁴ Tampoco implica arbitrariedad puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio, con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga.⁵

Hecha la anterior aproximación, corresponderá ahora señalar que respecto al ofrecimiento realizado la Superintendente debe efectuar dos revisiones. En una primera instancia, debe asegurarse que

⁴ Artículo 36 del código contencioso administrativo. Ver también Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, página 73. Universidad Externado de Colombia. 1998.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de octubre de 1975. Magistrado Ponente: Luis Carlos Sáchica.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

efectivamente serán suspendidas las conductas que motivaron la presente investigación y, luego, que las garantías ofrecidas son suficientes de que ello sucederá y perdurará. Veamos si lo anterior se cumple en el ofrecimiento realizado.

2 La obligación que se garantiza

De acuerdo con el procedimiento contemplado en el decreto 2153 de 1992 para trámites por violaciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, 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.⁶ Así pues, 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.⁷

Ahora bien, la suspensión o modificación de la conducta, según sea el caso, constituye el compromiso principal que debe contener el ofrecimiento de garantías que formule el investigado. Por ello el análisis que realizará la Superintendencia consiste en establecer si lo ofrecido asegura o no, que de cumplirse el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de cualquier aspecto que ponga en peligro o amenace la promoción de la competencia, así como de las distorsiones que puedan derivarse de un acuerdo anticompetitivo.

Para tal propósito, se tiene que el ofrecimiento deberá 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 se eliminará el elemento anticompetitivo en relación con éstos.

De lo anterior resulta entonces que, debido a que nos encontramos frente a una conducta de ejecución continuada la obligación principal de los investigados se cimienta en su suspensión, para la cual habrán de constituir un patrimonio autónomo al que transfieran para su administración el establecimiento de comercio que fue objeto de la operación, hasta tanto se autoriza por esta Superintendencia o se objeta, si es del caso, la respectiva operación, previo el análisis de la información que sea aportada por los intervinientes en el proceso.

De igual manera, se comprometen al desmonte del literal b) de la cláusula quinta del contrato mediante el cual se enajenó el establecimiento comercial "El Gato", y a través del cual se establecía la imposibilidad para el vendedor de poner en funcionamiento otros establecimientos de comercio que desarrollaran actividades similares a las de los adquirentes.

En este contexto se tiene que, los investigados aceptan los supuestos de hecho por los cuales se inició la investigación y se comprometen a su suspensión, en los términos referidos en el considerando segundo de la presente resolución, garantizando así que la operación de integración habrá de adelantarse respetando las atribuciones que la ley le ha conferido a esta Superintendencia en materia de promoción de la competencia.

⁶ "Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y práctica comerciales restrictivas a que se refiere ese decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación." Inciso 1 del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

⁷ En el procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 52 del decreto 2153 de 1992 se prevé que "Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer". La disposición sólo hace sentido si para ese momento el destinatario de la notificación puede conocer los hechos que se le investigarán y las normas contra las cuales se hará el análisis.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

De esta forma, al realizar un análisis de correspondencia entre el artículo 4 de la ley 155 de 1959 y la Circular Única 010 de 2001 de esta Entidad y lo propuesto en el referido ofrecimiento, encuentra esta Entidad que Olímpica S.A., Incopac S.A. y José Rafael Álvarez Mesa, dejarán de estar en los supuestos de hecho de las disposiciones que sirvieron de sustento para la apertura de la investigación. En esta medida se cumple el primer requisito.

3 Garantía

3.1 Concepto

La expresión "*garantía*" carece de definición expresa dentro del Ordenamiento Jurídico. Por ello, siguiendo los parámetros contenidos en el código civil⁸ y con los elementos de juicio a disposición,⁹ se advierte que a partir del concepto de caución (cualquier obligación que se contrae para la seguridad de obligación propia o ajena)¹⁰, es posible inferir que la garantía consiste o se concretiza, en la existencia de una seguridad que refuerza el compromiso o acuerdo establecido.

En esta línea argumental, es lógico considerar que una garantía representa una obligación adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede.

Así, aplicado al caso que ahora nos ocupa, debemos señalar que la obligación principal es la que quedó descrita en el punto 2 de este considerando y los riesgos que se deben neutralizar son los atinentes al incumplimiento de los compromisos que se adquieren.

3.2 Suficiencia de las garantías como requisito para su aceptación

Dado que la aceptación de garantías y la consecuente clausura de investigación ha quedado supeditada al juicio del Superintendente, en cuanto a la suficiencia del ofrecimiento,¹¹ resulta imperativo definir los parámetros bajo los cuales ha de establecerse la consabida suficiencia.¹² De

⁸ Artículo 28 del código civil: "Las palabras de la ley se entenderán en sus sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal." Así mismo, establece el artículo 29 ibidem que, "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso."

⁹ Acción y efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. En general, seguridad dada contra una eventualidad cualquiera, y aquello que asegura el cumplimiento de un acuerdo. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía. Vector de Santo. Editorial Universidad de Buenos Aires, 1996.

Cualquier medida establecida para asegurar la efectividad de un crédito. Con ella se otorga al acreedor la seguridad, en mayor o menor grado, de que su derecho será satisfecho. Toda garantía consiste en un nuevo derecho que se yuxtapone al de crédito, de tal manera que existe aun relación de accesoriadad entre uno y otro. Enciclopedia Jurídica Básica. Editorial Civitas. Madrid, 1984.

Caución, fianza. Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Comerciales. Manuel Ossorio. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981.

Por caución o garantía se entiende la obligación o el derecho real que asegura el cumplimiento de otra obligación principal, tales como la fianza, el derecho hipotecario y el prendario. Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis.

¹⁰ Código Civil; artículo 65.

¹¹ En la redacción del inciso 4 del artículo 52 y del número 12 del artículo 4, ambos del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio ordenará 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". (Subrayado nuestro)

¹² A este respecto, es importante precisar que, la expresión suficiencia entraña un calificativo de referencia, relativo a que lo que se propone es bastante para lo que se necesita, que es apto e idóneo para el fin propuesto. (Tomado del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima primera edición, página 1223).

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

esta forma, considera esta Entidad que la suficiencia debe predicarse respecto a un parámetro general y a uno particular.

En cuanto al parámetro general, se estima que existirá suficiencia en la medida en que se pueda concluir que la implementación de la corrección, asegurada con las garantías, incentiva los fines de la aplicación de las normas sobre competencia, contemplados en el número 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992.

De esta forma y analizando el ofrecimiento realizado, se advierte que este parámetro se cumple toda vez que el correctivo propuesto incentiva los fines referidos en el párrafo anterior, especialmente en cuanto hace a que esta Entidad puede verificar las operaciones de integración empresarial que se pretendan llevar a cabo, y a través de esta atribución se logre mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

En relación al parámetro particular, habrá suficiencia cuando quiera que exista un elemento que brinde tranquilidad de que la obligación principal será cumplida y que los efectos nocivos que se puedan ocasionar al mercado en caso de incumplimiento de lo prometido, serán neutralizados.

Bajo este parámetro, se entenderá que el elemento es idóneo en la medida en que Olímpica S.A. e Incopac S.A., constituyan, cada una, póliza por \$ 618.000.000.00 que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, y adicionalmente, los señores Antonio Char Chaljub, Carlos Barrera Ardila y José Rafael Álvarez Mesa constituyan, cada uno, póliza por \$92.700.000.00, que corresponden al 100% de la máxima sanción que puede imponer el Superintendente de Industria y Comercio a las empresas y personas naturales, respectivamente, que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas o que autoricen, ejecuten o toleren tales conductas.¹³

De esta manera, esta Superintendencia estima que de concluirse la investigación y de encontrarse posteriormente que los oferentes de las garantías incurren en una práctica restrictiva, una posible multa quedaría garantizada por la compañía de seguros respectiva.

Lo anterior, siempre y cuando la vigencia de las pólizas se extienda por un año, prorrogable por un año más a criterio de la Entidad, ya que con ello se neutralizarían los efectos nocivos provocados por un posible incumplimiento de lo prometido.

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 si se terminan las investigaciones sin que se de un esquema de seguimiento que nos permita corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en la misma conducta que ameritó investigación.

En este caso, el esquema de seguimiento es idóneo si se concreta en el plazo y forma que para cada asunto se indica. Conviene precisar que los plazos para desarrollar las tareas se cuentan a

¹³ Decreto 2153 de 1992, artículo 4, números 15 y 16.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

partir de la ejecutoria de esta resolución.

- 4.1 Los investigados deberán enviar a la Delegatura para Promoción de la Competencia, copia de contrato de fiducia que celebren con la entidad fiduciaria respectiva, el cual deberá contener además de las cláusulas de ley, las siguientes:

- ✓ Incluir dentro de las instrucciones al fiduciario, obligaciones para los funcionarios que tengan a su cargo la administración del negocio, en el sentido de cumplir y hacer cumplir la normatividad sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, en todos los actos que ejecuten en desarrollo del encargo.
- ✓ Incluir dentro de las instrucciones al fiduciario, la obligación de aceptar y poner en práctica la totalidad de los condicionamientos que llegue a establecer la Superintendencia, así como la de informar de manera oportuna a esta Entidad, sobre la forma y plazo de cumplimiento de tales condicionamientos.
- ✓ Instrucciones al fiduciario, para que en el caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio encuentre motivos para objetar la operación de venta del establecimiento de comercio "El Gato", proceda a rescindir la venta con el antiguo propietario del mismo, en un plazo de 120 días. En el evento de que dicho negocio no se pueda realizar en ese término, el fiduciario deberá proceder a intentar la enajenación en bloque del establecimiento a un tercero, para lo cual contará con un plazo adicional de 240 días. Si al cabo de este último plazo el establecimiento en comento no ha sido enajenado, el fiduciario deberá proceder a pagar las deudas, liquidar los activos y entregar el remanente de dichas operaciones a OLIMPICA e INCOPAC.
- ✓ En el evento en que la enajenación del establecimiento de comercio constituya una operación de integración empresarial, la información sobre dicha operación deberá ser preparada y presentada ante esta Superintendencia, por parte del fiduciario, siguiendo para ellos las instrucciones contenidas en la Circular Única.

PLAZO: Copia del respectivo contrato deberá allegarse a esta Entidad, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, debidamente autenticada.

- 4.2 Enviar a la Superintendencia de Industria y Comercio toda la información requerida por la Circular 010 de 2001, Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en concordancia con el decreto 1302 de 1964, respecto a los intervinientes en el proceso.

PLAZO: Dicha información deberá ser remitida a la Delegatura para Promoción de la Competencia, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, en medio impreso y magnético.

- 4.3 Mientras la operación se encuentre en estudio por parte de esta Superintendencia, se deberá allegar mensualmente, un informe con su correspondiente auditoría externa, en el que se especifique el desarrollo de la administración del establecimiento de comercio, por parte de la entidad fiduciaria.

PLAZO: El anterior informe con su correspondiente auditoría deberá allegarse mensualmente, debidamente certificado por el representante legal de la fiduciaria que se designe para el efecto, y por la firma auditora.

- 4.4 Remitir a la Delegatura para Promoción de la Competencia, en caso que se autorice la

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

operación de integración, copia del otrosí debidamente firmado y protocolizado, en el cual se suprime el literal b) de la cláusula quinta del contrato de compraventa del establecimiento comercial El Gato, así como una certificación suscrita por el apoderado de los investigados, en la que conste que dicho contrato no contiene ninguna otra cláusula restrictiva de la libre competencia.

PLAZO: Copia del otrosí deberá allegarse a esta Superintendencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de expedición del acto administrativo mediante el cual se autoriza la integración.

- 4.5 Los investigados deberán hacer programas de capacitación sobre las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, dirigidas a sus ejecutivos de las áreas comercial y financiera, así como a sus distribuidores y vendedores directos.

PLAZO: Dichos programas serán implementados dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, y previo a su celebración se notificará a la Delegatura para Promoción de la Competencia, con 10 días de anticipación.

Lo anterior, entiéndase sin perjuicio de las facultades que por ley le corresponden a esta Superintendencia,¹⁴ para la verificación del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Aceptar el ofrecimiento de garantías que conlleva la obligación de no volver a incurrir en las conductas por las cuales se abrió la investigación de que se ocupó la resolución 26638 de 2001.

ARTICULO SEGUNDO: Aceptar como garantía del compromiso de que trata el artículo anterior, los comportamientos descritos en la parte considerativa de esta resolución, así como el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento que se detallan.

En consecuencia, Olímpica S.A. e Incopac S.A., cada una, deberán constituir, en una compañía de seguros autorizada legalmente para el efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, póliza que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de \$ 618.000.000.00, con vigencia de un año, prorrogable por otro año más a criterio de la Entidad. Así mismo, los señores Antonio Char Chaljub, Carlos Barrera Ardila y José Rafael Alvarez Mesa deberán constituir, cada uno, póliza que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de \$92.700.000.00, con vigencia de un año, prorrogable por otro año más a criterio de la Entidad. Los anteriores documentos deberán ser remitidos a la División para la Promoción de la Competencia dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

ARTICULO TERCERO: Ordenar la terminación de la investigación abierta mediante resolución 26638 de 2001, respecto de Olímpica S.A., Incopac S.A., Antonio Char Chaljub, Carlos Barrera Ardila y José Rafael Alvarez Mesa.

Cabe señalar que, el fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y

¹⁴Decreto 2153 de 1992; artículo 4, número 10.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

resolutiva, es fundamento para la terminación de la investigación, en los términos del artículo 66 del código contencioso administrativo.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente a Alfonso Miranda Londoño, en su calidad de apoderado de Olímpica S.A., Incopac S.A., Antonio Char Chaljub y de Carlos Barrera Ardila, así como al señor José Rafael Álvarez Mesa del contenido de la presente resolución, entregándole copia de la misma e informándoles que contra ésta procede el recurso de reposición interpuesto ante la Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a dicha actuación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **24 ABR. 2002**

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificación:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Apoderado
C.C.: 19.489.933
OLÍMPICA S.A.
INCOPAC S.A.
ANTONIO CHAR CHALJUB
CARLOS BARRERA ARDILA
Diagonal 68 No. 11 - 38
Ciudad

Señor
JOSE RAFAEL ALVAREZ MESA
C.C.: 9.510.503
Carrera 13 No 14 - 30
Sogamoso - Boyacá

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA

Que fue remitido desnacho comisorio No. 2012
Dirigido a la alcaldia municipal de Sagamoso

El día _____
Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
de procedimiento administrativo.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 11711 de fecha 24/04/2002

fué notificada mediante edicto número 10799

fijado el 14/05/2002 y desfijado el 27/05/2002