



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

RESOLUCIÓN 1624 DE 2020  
( 24 ENE 2020 )

Radicación No. 17-288979

VERSIÓN PÚBLICA

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las previstas en el Decreto 4886 de 2011, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019 (en adelante "Resolución No. 57600 de 2019" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **BRINSA S.A.**<sup>1</sup> (en adelante "BRINSA") y **QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.**<sup>2</sup> (en adelante "QUIMPAC") por haber incurrido en la conducta descrita en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (repartición de mercados) en el mercado de cloro y sus derivados.

Pese a que **BRINSA** hizo parte del Programa de Beneficios por Colaboración (en adelante "PBC") se encontró que incumplió con las obligaciones derivadas del mismo respecto de la investigación por la infracción del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en el mercado de cloro y sus derivados, motivo por el cual no fue exonerada del pago de la multa impuesta.

Así mismo, se sancionó a **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA**, 2013-2016), **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) e **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en el mercado de cloro y sus derivados.

Por otro lado, se sancionó a **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.** (en adelante "TRICHEM"), y **MEXICHEM DERIVADOS DE COLOMBIA S.A.** (en adelante "MEXICHEM"), por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el mercado de soda cáustica.

Como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones derivadas del PBC celebrado con **BRINSA** para las conductas adelantadas en el mercado de soda cáustica, el Despacho exoneró del pago total de la multa a esta sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015.

De igual forma se sancionó a **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA**, 2013-2016), **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente

<sup>1</sup> Antes REFINADORA DE SAL S.A. -REFISAL-, de 1994 a 2014.

<sup>2</sup> Antes PRODUCTOS DERIVADOS DE LA SAL S.A. -PRODESAL-, de 1990 a 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Comercial de **QUIMPAC**), **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**), **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**), **GIOVANNI RATTALINO BORDA** (Director de Logística de **TRICHEM**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el mercado de soda cáustica.

A su vez, se decidió archivar la investigación en favor de **BRINSA** y **QUIMPAC** por la infracción a los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en relación con los distribuidores del mercado de cloro y sus derivados. En esa medida, también se decidió archivar la investigación en favor de **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA**, 2013-2016), **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) e **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) en relación con la investigación relacionada con la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en relación con los distribuidores del mercado de cloro y sus derivados.

Finalmente, se archivó la investigación en favor de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014), respecto de su responsabilidad en la infracción de las conductas que le fueron imputadas por haber operado el fenómeno de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, se encontró probado que **BRINSA** y **QUIMPAC** ejecutaron un acuerdo de repartición de clientes del mercado de cloro y sus derivados entre 2002 y 2014, específicamente los acueductos del territorio colombiano los cuales requieren de esos productos para el tratamiento y potabilización del agua. Igualmente quedó demostrado que **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM** implementaron un sistema restrictivo de la competencia en el mercado de soda cáustica entre 2012 y 2015, cuyo objeto fue limitar y disminuir la presión competitiva en el mercado de manera acordada y coordinada, con el objetivo final de que los principales agentes del mercado pudieran aumentar sus utilidades en el mismo.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes **sanciones** pecuniarias a los agentes de mercado y a las personas naturales a ellos vinculadas.

**Tabla No. 1: Sanciones impuestas mediante Resolución No. 57600 de 2019**

<b>SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO</b>		
<b>MERCADO DE CLORO Y SUS DERIVADOS</b>		
Clientes directos (repartición de clientes, numeral 3 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992)		
<b>PERSONAS JURIDICAS – AGENTES DEL MERCADO</b>		
1	<b>BRINSA S.A.</b>	<b>\$33.489.011.040.00</b>
2	<b>QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.</b>	<b>\$41.571.423.200.00</b>
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON BRINSA S.A.</b>		
1	<b>JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO</b>	<b>\$37.265.220.00</b>
2	<b>JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI</b>	<b>\$128.357.980.00</b>
3	<b>LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA</b>	<b>\$9.109.276.00</b>
4	<b>GUILLIANA QUEVEDO CRUZ</b>	<b>\$22.359.132.00</b>
5	<b>GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO</b>	<b>\$6.624.928.00</b>
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.</b>		
1	<b>MAURICIO MEJÍA PARDO</b>	<b>\$223.591.320.00</b>
2	<b>ANDRÉS HOLGUÍN SARDI</b>	<b>\$57.968.120.00</b>
3	<b>ISABEL CRISTINA PRADO OTERO</b>	<b>\$7.453.044.00</b>
<b>MERCADO DE SODA CÁUSTICA</b>		
(sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, artículo 1 ley 155 de 1959)		

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

<b>SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO</b>		
<b>PERSONAS JURÍDICAS – AGENTES DEL MERCADO</b>		
1	<b>BRINSA S.A.</b> (Beneficio de exoneración del 100% del valor de la multa por haber cumplido con sus obligaciones como delator)	\$28.702.500.560.00
2	<b>QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.</b>	\$17.804.494.000.00
3	<b>TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.</b>	\$1.763.887.080.00
4	<b>MEXICHEM DERIVADOS DE COLOMBIA S.A.</b>	\$1.209.049.360.00
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON BRINSA S.A.</b> (Beneficio de exoneración del 100% del valor de la multa por su condición de funcionarios o ex funcionarios del delator)		
1	<b>JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO</b>	\$98.545.804.00
2	<b>JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI</b>	\$51.343.192.00
3	<b>LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA</b>	\$14.906.088.00
4	<b>GUILLIANA QUEVEDO CRUZ</b>	\$11.593.624.00
5	<b>GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO</b>	\$10.765.508.00
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.</b>		
1	<b>MAURICIO MEJÍA PARDO</b>	\$169.763.780.00
2	<b>ANDRÉS HOLGUÍN SARDI</b>	\$47.202.612.00
3	<b>ANDRÉS CORAL CARVAJAL</b>	\$31.468.408.00
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.</b>		
1	<b>MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO</b>	\$34.780.872.00
2	<b>GIOVANNI RATTALINO BORDA</b>	\$8.281.160.00
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON MEXICHEM DE COLOMBIA S.A.</b>		
1	<b>LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA</b>	\$15.734.204.00

Fuente: Resolución No. 57600 de 2019.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 57600 de 2019, **QUIMPAC**<sup>3</sup>, **BRINSA**<sup>4</sup>, **MEXICHEM**<sup>5</sup>, **TRICHEM**<sup>6</sup>, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**<sup>7</sup>, **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**<sup>8</sup>, **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**<sup>9</sup>, **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**<sup>10</sup>, **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**<sup>11</sup>, **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI**<sup>12</sup>, **ANDRÉS CORAL CARVAJAL**<sup>13</sup>, **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO**<sup>14</sup>, **MAURICIO MEJÍA PARDO**<sup>15</sup>, **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO**<sup>16</sup>, **GIOVANNI RATTALINO BORDA**<sup>17</sup> y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**<sup>18</sup> interpusieron recursos de reposición contra la misma.

<sup>3</sup> Folios 6155 a 6237 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente.

<sup>4</sup> Folios 5946 a 5989 del cuaderno público cloro-soda No. 23 del Expediente.

<sup>5</sup> Folios 5990 a 6066 del cuaderno público cloro-soda No. 23 del Expediente.

<sup>6</sup> Folios 6141 a 6147 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente.

<sup>7</sup> Folios 5780 a 5799 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente.

<sup>8</sup> Folios 5800 a 5818 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente.

<sup>9</sup> Folios 5819 a 5821 del cuaderno público cloro-soda No. 21 del Expediente.

<sup>10</sup> Folios 5822 a 5824 del cuaderno público cloro-soda No. 21 del Expediente.

<sup>11</sup> Folios 5825 a 5827 del cuaderno público cloro-soda No. 21 del Expediente.

<sup>12</sup> Folios 5828 a 5874 del cuaderno público cloro-soda No. 21 del Expediente.

<sup>13</sup> Folios 5922 a 5947 del cuaderno público cloro-soda No. 21 del Expediente.

<sup>14</sup> Folios 5974 a 6002 del cuaderno público cloro-soda No. 21 del Expediente.

<sup>15</sup> Folios 6064 a 6134 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente.

<sup>16</sup> Folios 6148 a 6150 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente.

<sup>17</sup> Folios 6151 a 6154 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente.

<sup>18</sup> Folios 5990 a 6066 del cuaderno público cloro-soda No. 23 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Los argumentos propuestos por los recurrentes fueron los siguientes.

## 2.1. Argumentos presentados por los agentes de mercado frente a la conducta desplegada en el mercado de cloro y sus derivados

### 2.1.1. BRINSA

- **BRINSA** no controvertió los hechos reconocidos en el **PBC**. Por el contrario, cumplió cabalmente con las obligaciones derivadas del Convenio de Colaboración.
- No le correspondía a **BRINSA**, ni estaba obligada a controvertir las percepciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**. Ellos emitieron opiniones personales que carecen de la "expertise" necesaria para calificar las conductas y emitir pronunciamientos respecto de conceptos jurídicos.
- Las pruebas aportadas durante el trámite del **PBC** e incorporadas a la investigación tenían la entidad suficiente para dejar sin piso cualquier alegación de caducidad de la facultad sancionatoria.
- La Superintendencia de Industria y Comercio reconoció el rol trascendental y la utilidad, eficacia, conducencia y pertinencia de las pruebas aportadas por **BRINSA**. Esas pruebas acreditaron la ocurrencia del acuerdo anticompetitivo, la identificación de las personas jurídicas y naturales responsables y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, incluyendo el periodo durante el cual ocurrieron.
- **BRINSA** alertó la existencia de la conducta anticompetitiva delatada y, una vez admitida en el **PBC**, puso todo su empeño y diligencia con el objetivo de colaborar en la investigación. Nunca cuestionó la competencia temporal para adoptar una decisión, ni realizó intervención tendiente a generar debates innecesarios para que la actuación avanzara con la mayor celeridad.
- En ningún momento en el curso de la actuación administrativa, **BRINSA** manifestó, planteó, sugirió o insinuó que se hubiera configurado la caducidad de la facultad sancionatoria.
- **BRINSA** no instruyó ni sugirió a sus empleados que pusieran en tela de juicio la competencia temporal de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar la conducta anticompetitiva. En el supuesto negado de que sus aseveraciones en las ratificaciones rendidas en la etapa de instrucción implicaran alegar la caducidad, ello habría correspondido a su opinión individual en un tema que involucraba conceptos jurídicos.
- Los hechos de los que se colige la duración del acuerdo anticompetitivo entre **BRINSA** y **QUIMPAC** fueron reconocidos, aceptados y ratificados por **BRINSA** y sus empleados. Las pruebas aportadas (incluido el testimonio de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**) apuntaban con contundencia y suficiencia a que el acuerdo anticompetitivo mantuvo su vigencia hasta, por lo menos, diciembre de 2014.
- No conceder los beneficios a **BRINSA** implicaría (i) un grave mensaje para los delatores en el futuro; (ii) que se perdiera confianza y credibilidad en el **PBC**; y (iii) omitir brindarle protección al delator frente a represalias, ataques e intentos de los delatados por impedir que se confieran los beneficios pactados.
- La valoración del material probatorio es función de la Superintendencia de Industria y Comercio por lo que a **BRINSA** no le corresponde (i) indicar "la versión que merece credibilidad"; (ii) interferir o afectar la espontaneidad de las declaraciones; y (iii) cuestionar, calificar, ni controvertir las pruebas.
- **BRINSA** enfatizó a sus empleados la importancia de colaborar en el **PBC** y les resaltó el imperioso deber de declarar la verdad, para lo cual puso a disposición de sus funcionarios y exfuncionarios todos los medios, incluidos tiquetes aéreos, hospedaje y asesoría jurídica exclusiva.
- **BRINSA** admitió su responsabilidad con independencia del costo reputacional que representaba reconocer expresamente su participación en conductas anticompetitivas y de la cantidad de recursos humanos y económicos empleados para solicitar su ingreso y mantenerse en el **PBC**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No tiene sentido, y carece de toda lógica y utilidad, que **BRINSA** después de delatar la existencia de la conducta anticompetitiva y asumir las consecuencias de la delación decidida de manera irracional poner en peligro los beneficios al controvertir o pretender alegar la caducidad cuando era acreedora de la exoneración del 100% de la multa.
- Es contraevidente pensar que **BRINSA** controvertió los hechos y promovió o participó, de manera alguna, en cualquier estrategia tendiente a aducir la caducidad de la facultad sancionatoria. No existe ningún acto concreto atribuible del que pueda desprenderse que controvertió los hechos reconocidos en el **PBC**.
- **BRINSA** actuó de buena fe y con pleno convencimiento y confianza de que, más allá de la opinión individual de dos de sus empleados frente a la duración del acuerdo, lo relevante eran los hechos narrados de manera libre y espontánea, en forma ordenada y soportada en los correos electrónicos y demás documentos aportados en el marco del **PBC** y que después fueron trasladados como prueba.
- Para **BRINSA** siempre fue evidente que, aun cuando con posterioridad al primer trimestre de 2014 las relaciones de concertación mantenidas con **QUIMPAC** empezaran a deteriorarse y las conversaciones con ese competidor fuesen más esporádicas, la inercia en la dinámica mantenida durante varios años continuó jugando un rol relevante en la repartición de clientes, como lo evidencia el episodio de **EMCALI** y de **TIBITOC**.
- A **BRINSA** no le está permitido determinar ni interferir en las declaraciones que rinden los facilitadores, ni puede ser responsabilizada de las afirmaciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**.
- El facilitador y el delator son dos figuras diferentes en el **PBC** que no pueden confundirse. La ley las distingue y diferencia de manera clara. El Delator para la obtención de los beneficios por colaboración tiene la obligación de no incurrir en las causales del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015.
- La obligación del delator, cuando se trate de un agente de mercado, respecto de sus empleados o administradores que hayan participado en acuerdos anticompetitivos es facilitar la práctica de sus testimonios y no responder por el contenido de los mismos.
- El que rinde testimonio lo hace de manera individual, espontánea, con su propia y particular percepción de la realidad y bajo la gravedad del juramento, por lo que el agente de mercado no puede influir o incidir en el contenido de la declaración de sus empleados o administradores.
- Las actuaciones y declaraciones de los empleados de la compañía no pueden obligar a **BRINSA**, salvo quien ostenta la calidad de representante legal y comparece en esa condición, caso en el cual, se está ante la voz de la compañía.
- **BRINSA** informó a los empleados que habían tenido conocimiento de los hechos sobre las implicaciones y compromisos derivados de la participación en el **PBC** y cada uno de ellos se comprometió a prestar su colaboración.
- Se advirtió expresamente a la Superintendencia de Industria y Comercio que **BRINSA** no podía responder por el contenido de las declaraciones de **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** y **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**, pues se desconocía cuál sería su posición al verse confrontados a la ocurrencia de los acuerdos anticompetitivos delatados.
- Ni durante el trámite del **PBC**, ni en la etapa de instrucción, **BRINSA** direccionó o preparó un "libreto de respuestas", ni señaló cómo y en qué sentido debían responder a las preguntas que pudiesen llegar a formular a sus funcionarios o ex funcionarios la Delegatura o los apoderados de los demás investigados.
- Si la lectura es que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** narraron los hechos apuntando a la caducidad de la facultad sancionatoria, es la percepción de esos empleados, la cual de ninguna manera corresponde a la posición de **BRINSA** que siempre se sustentó en el conjunto de las declaraciones rendidas por los empleados y administradores —no en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

unas opiniones aisladas—, así como en los documentos que se aportaron que evidencian la duración del acuerdo.

- **BRINSA**, en tanto persona jurídica, interviene en la actuación solo a través de sus apoderados y representante legal, sin perjuicio de que haya puesto también a disposición las versiones de sus empleados y exempleados sobre los hechos materia de investigación, pues solo esas personas podían dar cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejecutó el acuerdo delatado.
- Si existe alguna inconsistencia en el contenido de las declaraciones de algunos de sus empleados, **BRINSA** no tiene la carga de asumir responsabilidad por sus opiniones o percepciones individuales, máxime cuando en ningún momento ha comulgado con la aplicación del fenómeno de la caducidad en el presente caso.
- **BRINSA** tuvo conocimiento de los detalles y circunstancias que rodearon el acuerdo, a través de las declaraciones de sus empleados y exempleados, y no puede interferir o determinar su contenido ni tampoco cuestionarlo, a menos que hubiese advertido falsedades, dolo —entendido como la intención de boicotear el **PBC** o la investigación— o el ánimo de ocultar información.
- La aseveración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** de que *"la competencia por esos acueductos solo podría verse reflejada cuando se abrieran nuevamente los procesos licitatorios o de selección"*, aun cuando no la hubiese expuesto en esos exactos términos dada su formación profesional de ingeniero y no de abogado, coincide con la posición expuesta en la Resolución Sancionatoria respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria.
- La supuesta ocurrencia de la caducidad debe fundamentarse en hechos concretos y probados —no en la opinión personal de dos empleados sin formación jurídica alguna— y, en este caso, los supuestos fácticos son *"tozudos"* y revelan que al momento de expedir la Resolución Sancionatoria, y aún hoy, la facultad sancionatoria no ha caducado.
- Las conductas restrictivas de la competencia fueron delatadas sin que existiera previamente una actuación administrativa iniciada contra **BRINSA** y, además, la información que de manera espontánea suministró **ALVARO MONTOYA**, miembro de su Junta Directiva, y con posterioridad la compañía, permitió conocer de los acuerdos anticompetitivos existentes.
- Dado que **BRINSA** cumplió de manera minuciosa con su obligación de colaborar, declararla incumplida por *"juicios de valor"* que puedan hacerse en torno de la opinión de dos de sus empleados, que al final narraron todos y cada uno de los hechos que les constaban, equivaldría a desconocer la totalidad de los esfuerzos realizados por el delator a lo largo de la investigación.
- **BRINSA** contribuyó activamente a desvirtuar la prueba que constituyó el eje del alegato en el que **QUIMPAC** sustentó su argumento sobre la caducidad, lo cual descarta de entrada que se hubiera apoyado de manera alguna ese argumento.
- De aceptarse que **BRINSA** incurrió en una de las causales para ser excluida del **PBC** y no concederle los beneficios, en el acto que ponía fin a la actuación, era necesario atender a los principios del debido proceso y el derecho de defensa o contradicción para sancionarla.
- Con fundamento en el párrafo del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, se vulneró el debido proceso y derecho de defensa de **BRINSA** al excluirla del **PBC** sin requerirla previamente, brindarle la oportunidad de rendir explicaciones y defenderse de la causal invocada en la Resolución Sancionatoria.
- Se negaron los beneficios a **BRINSA** por la valoración de dos opiniones o percepciones individuales de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, expresadas durante la etapa de instrucción, sin tener en consideración el abundante material probatorio y aporte significativo a la investigación.
- Para valorar los testimonios de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** debía tenerse en cuenta que el testimonio, como prueba independiente, requiere de su contrastación y confrontación con las demás pruebas como, pero sin limitarse a ellas, otros testimonios o documentos, entre otros, la información proporcionada por **BRINSA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La aproximación frente a lo ocurrido durante la ratificación de los testimonios de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, comportaría dar mayor relevancia a unos fragmentos de las ratificaciones en donde constan simples opiniones no calificadas de esos facilitadores, que al prolijo acervo probatorio aportado para el esclarecimiento de los hechos.
- Los testimonios y ratificaciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** fueron rendidos varios años después de ocurridos los hechos investigados, por lo que las imprecisiones de sus declaraciones y sus apreciaciones personales no obedecen a una "*intención oculta o dolosa*" que busque cuestionar aspecto alguno de la investigación, sino a una percepción individual que, además, involucra nociones y conocimientos jurídicos que esos funcionarios no estaban calificados para evaluar.
- A **BRINSA** se le retiraron los beneficios con base en presunciones y conjeturas consistentes en que habría controvertido los hechos reconocidos en el **PBC**, pese a estar acreditado que no incurrió en una conducta de esa naturaleza y que, por el contrario, su comportamiento siempre fue de disposición y colaboración.
- La decisión sorpresiva de no conceder los beneficios a **BRINSA** compromete y comporta un "*golpe*" a la credibilidad del **PBC** y pone en riesgo la política de defensa de la competencia. Además, envía un mensaje equívoco a futuros interesados en acogerse al **PBC**, porque introduce incertidumbre y hace difícil al delator contar con la certeza de que, a pesar de que cumpla con las condiciones y obre de buena fe, tendrá derecho al beneficio que la ley le concede.
- Se contrariaron los postulados que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "**OCDE**") y la Red Internacional de Competencia (en adelante "**ICN**" por sus siglas en inglés) han señalado como fundamentales, como requisitos *sine qua non*, para el buen funcionamiento de cualquier programa de clemencia –certeza y predictibilidad–.
- **BRINSA** confió en que (i) los "*ingentes*" esfuerzos y recursos que invirtió en colaborar a costa de sacrificar su reputación y buen nombre, y de asumir importantes riesgos comerciales, se recompensarían con el beneficio de exoneración del 100% de la multa y (ii) se otorgaría protección frente a intentos de los delatados por boicotear el otorgamiento de los beneficios.

#### 2.1.2. QUIMPAC

- Operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el supuesto acuerdo anticompetitivo en el mercado de cloro.
- Las declaraciones que se consideraron como contradictorias deben ser desestimadas en su integridad y no solo a conveniencia de la posición esgrimida en la Resolución Sancionatoria.
- Al no otorgarle credibilidad a los testimonios de los delatores por "*contradictorios*", según la jurisprudencia, estos deben desecharse. Así, la única prueba serían documentos que dan cuenta de los procesos de contratación de algunos acueductos que deciden contratar al único proveedor que se presenta a sus licitaciones, lo que no representa la existencia de un cartel.
- Se varió constantemente la fecha en que finalizó el presunto cartel. Se evitó establecer una fecha cierta de finalización del momento en que cesó la práctica presuntamente anticompetitiva en el mercado de cloro al señalar que "*la persistencia del convenio ilegal, en 2013, especialmente durante todo el 2014 y hasta por lo menos junio de 2015*".
- La variación dubitativa respecto de la fecha en que presuntamente habría cesado el supuesto cartel, no obedece a ninguna justificación objetiva y razonable diferente al intento de negar la caducidad, lo que es contrario a las garantías del debido proceso y la congruencia de una decisión definitiva.
- Se extrajeron pruebas que no fueron consideradas previamente para artificialmente extender el término de la caducidad de la facultad sancionatoria hasta mediados de 2015.
- Si con la voluntad de quienes hacen parte de un acuerdo comienza su vigencia, la misma fuerza tiene su voluntad de darlo por terminado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Por aplicación del principio *in dubio pro reo* la duda razonable en cuanto a la fecha en que cesó el acuerdo anticompetitivo debe decidirse en favor de los investigados.
- La fecha de caducidad de junio de 2015 es débil probatoriamente y se fundamenta en la adjudicación de un contrato a **QUIMPAC** de un cliente que aún hoy atiende. Por su parte, la de diciembre de 2014 se basa en una interpretación discutible de una licitación que en competencia perdió **QUIMPAC**, pese a que pruebas contundentes señalan que los contactos cesaron antes de junio de 2014.
- Las pruebas que deberían motivar la decisión, y sobre las cuales se ejerció el derecho de defensa y contradicción, mostraron que los contactos propiciados por **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** solo pudieron haberse llevado a cabo hasta su retiro de **BRINSA** en junio de 2014.
- La dinámica reprochada a **BRINSA** y **QUIMPAC**, se ejecutó principalmente a través de comunicaciones telefónicas que promovió **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** hacia **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** que sucedieron "a principio de 2014" y, por sustracción de materia, hasta máximo el 15 de junio de 2014 lo que marcó el cese definitivo de cualquier comunicación.
- **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** y **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**, sin contradicción o incoherencia, de manera diáfana declararon que **BRINSA** desde 2013 y a inicios del 2014 "adoptó un cambio en la gestión comercial (...) y quiso abandonar cualquier consulta o indagación de sus competidores en el mercado del cloro".
- **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** indicó en dos oportunidades la existencia en 2013 de un cambio de directriz de la Gerencia de la UEN de Industria de **BRINSA** respecto a la práctica anticompetitiva, debido a que no se reprochó un incumplimiento al **PBC**, o una contradicción entre sus versiones, debe otorgársele plena eficacia probatoria a lo que declaró. Desde la sana crítica, no es razonable sostener que el cambio de directriz se materializó un año después –diciembre de 2014–, y menos aún, casi dos años después –26 de junio de 2015–.
- Existió una interpretación producto de una valoración probatoria errada e indiferente con las reglas que gobiernan la valoración de las pruebas en el ordenamiento jurídico nacional. El cambio de directriz que memoró **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** durante 2013 no puede demostrar una cosa diferente al cese de la práctica anticompetitiva, no su existencia.
- Los hechos relativos a la presentación de ofertas en el proceso de selección adelantado por **EMCALI** entre noviembre y diciembre del 2014 no configuran la continuidad del presunto acuerdo contrario a la libre competencia.
- Los hechos probados en el caso de **EMCALI** no se adecúan a la descripción del presunto acuerdo anticompetitivo. El comportamiento de las investigadas, desde el inicio del proceso en octubre de 2014, luego en la etapa de presentación de propuestas en noviembre de 2014 y, finalmente, durante la selección el 19 de diciembre de 2014, fue totalmente diferente del mecanismo de ejecución que se identificó como propio del presunto acuerdo anticompetitivo.
- El suministro de **BRINSA** a **EMCALI** a través del cloro de **QUIMPAC** no obedece a la idea de una compensación.
- La valoración probatoria no consideró la dificultad logística que enfrentó **BRINSA** para cumplir la frecuencia y modalidad de suministro a **EMCALI** porque (i) **EMCALI** utiliza sus propios vehículos para el transporte de cloro, y el contratista asume la obligación de conservarlos en condiciones idóneas; (ii) existían dificultades logísticas en el transporte de cloro desde la planta de **BRINSA** a **EMCALI**; (iii) la frecuencia del suministro de cloro que requería **EMCALI** era de día por medio; (iv) la compra de cloro de **BRINSA** a **QUIMPAC** fue una iniciativa promovida exclusivamente por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**; y (v) **BRINSA** se vio en la necesidad de comprar cloro a **QUIMPAC** aun contra el margen de utilidad que esperaba de la ejecución del contrato.
- Las cotizaciones presentadas en el acueducto de **TIBITOC** evidencian con claridad un escenario de libre competencia en el mercado de cloro.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- A la luz de las pruebas que se aportaron en el marco de la investigación, **QUIMPAC** no dejó de presentar ofertas para suministrar el cloro que necesitaba el acueducto de **TIBITOC**, aun cuando **BRINSA** le solicitó una cotización para comprar cloro con el propósito de cumplir el contrato de **EMCALI**.
- Se utilizaron documentos que fueron recopilados durante la etapa preliminar de investigación, y a las cuales no se les había dado ninguna valoración previa, como prueba de que la conducta se extendió más allá de junio de 2014.
- Se desatendió el principio de imparcialidad y las reglas de la sana crítica, toda vez que se escogieron evidencias que únicamente eran útiles para la hipótesis planteada por la Delegatura.
- No hay pruebas que demuestren que el hecho que algunos acueductos fueron atendidos por **QUIMPAC** mediante adjudicaciones de principios de 2014 tiene que ver con la dinámica del cartel.
- Para fundamentar la tesis sobre la continuidad del supuesto cartel en el mercado de cloro se utilizaron declaraciones que fueron tildadas de incoherentes y que no se surtieron durante la etapa de instrucción.
- A pesar del contundente reproche que derivó en la declaratoria de incumplimiento de **BRINSA**, para sustentar la continuidad del supuesto cartel durante el mes de diciembre de 2014, se tomaron en consideración las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** que rindieron en el trámite del **PBC** y no durante la etapa de instrucción.
- La contradicción en las declaraciones rendidas por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** en el trámite del **PBC** y durante la etapa de instrucción hacía menester prescindir completamente de ellas. Sin embargo, con prescindencia de algún criterio objetivo, se seleccionó convenientemente la declaración que rindieron en el marco del **PBC**, presumiendo *–sin ningún sustento–* que esa fue la declaración correcta y verdadera, y no la que rindieron en la instrucción de la investigación.
- Si los testimonios son incoherentes deben desecharse o acogerse en su totalidad pero no *"elegir con pinzas"* lo que conviene a la interpretación de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- La sana crítica impone que dos declaraciones que se contradicen *–"sin perjuicio de que JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI si fue consistente en delimitar la extensión temporal del supuesto cartel"*– deben ser descartadas por el operador jurídico, pues carecerían de fiabilidad y no existiría un criterio razonable y objetivo que sugiera preferir una de las declaraciones sobre la otra.
- De acuerdo con la regla prescrita en el artículo 188 del Código General del Proceso, y la necesidad del ejercicio del derecho de defensa y contradicción, ninguna eficacia probatoria podría otorgársele a la declaración extraprocesal de las personas naturales vinculadas a **BRINSA** para declarar la responsabilidad administrativa de **QUIMPAC**.
- Si no se prescinde íntegramente de las declaraciones rendidas por las personas naturales vinculadas a **BRINSA**, la fecha que reconoció **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI** tanto en el marco del **PBC** como en la instrucción guarda correspondencia con el inicio de los procesos de selección que en la Resolución Sancionatoria se presentaron para sostener la continuidad del presunto cartel.
- No existen pruebas para concluir con certeza una ejecución continuada o permanente hasta junio de 2015 del supuesto acuerdo anticompetitivo. Dicha posición supone un razonamiento contrario a la garantía de presunción de inocencia y al principio de necesidad de la prueba.
- A partir de una interpretación incoherente e indebida se extendió la temporalidad de la presunta práctica a causa de una suerte de los efectos del supuesto acuerdo por la ejecución de los contratos adjudicados a **QUIMPAC**.
- Con la declaración de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** se encuentra demostrado que en el caso del proceso de selección de **ACUAVALLE** la carta sí correspondía a su contenido o que, por lo menos, **BRINSA** no podía presentar propuesta al mismo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El caso de **ACUAVALLE (i)** se basa en una prueba no expuesta durante la investigación y que solo hasta la Resolución Sancionatoria fue expuesta a los investigados; **(ii)** no se consideró que los pliegos de condiciones exigían que el aspirante a contratista contara con un centro de acopio para almacenamiento de cloro en Yumbo (Valle del Cauca), lo que no cumplía **BRINSA** para esa época; y **(iii)** se hizo una presunción contra la veracidad del contenido de la carta del 9 de junio de 2014 por ser similar a otras que fueron emitidas con significativa anterioridad –inicios del año 2013 y del 2014–.
- Aceptando que el Registro Único de Proponentes (en adelante "**RUP**") estaba vigente, lo cierto es que el testimonio de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** apunta a que la decisión de **BRINSA** de presentar la comunicación del 9 de junio de 2014 fue unilateral y no correspondió a ninguna mecánica de coordinación sino a alguna otra circunstancia que impidió que se presentara.
- Se consideró que diferentes pruebas respecto del caso de **EMPOPASTO, EMPOCALDAS** y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA** demostraban como se garantizaba que esos acueductos fueran atendidos por **QUIMPAC** y, en consecuencia, que la conducta se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014 e incluso hasta el 26 de junio de 2015. Sin embargo, **QUIMPAC** entre 2014 y 2018 suministró cloro a los referidos acueductos y desde antes de 2015 no ha habido ningún tipo de comunicación entre **BRINSA** y **QUIMPAC**.
- Con la declaración de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** en el marco del PBC se determinó que el proceso de selección de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA** estuvo permeado por la dinámica calificada como anticompetitiva. Sin embargo, en la ratificación de esa declaración no se mencionó a ese acueducto como parte del presunto acuerdo anticompetitivo por lo que se debe prescindir de ese caso.
- La referencia a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA** no está basada en una prueba y, por lo mismo, debe desistirse de su mención como uno de los casos en los que se habría hecho efectiva la dinámica presuntamente anticompetitiva entre las empresas investigadas.
- Existió una indebida interpretación de la regla de caducidad prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Se identificaron indebidamente los "efectos" del supuesto acuerdo anticompetitivo con el fin de computar el término de caducidad.
- Tratándose de colusiones en contratación estatal en que alguno de los investigados si fue elegido adjudicatario del contrato, el acuerdo anticompetitivo se reprocha por "efecto". Por lo anterior, la caducidad se cuenta desde la fecha en la que se liquidó el contrato estatal. No obstante, esa tesis no es producto de una interpretación jurídica que pueda admitirse.
- La tesis sostenida en relación con el cómputo del término de caducidad, es contraria a la interpretación razonable de la ley y la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que taxativamente los efectos reprochados son la "*distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas*". Ese es el efecto y, por lo tanto, desde ese momento inicia el conteo de la caducidad.
- En el presente caso los investigados pretendieron la distribución de los clientes y no la vigencia del contrato. El "efecto" del supuesto acuerdo se agotaba al momento en que el contrato era adjudicado a una u otra empresa. De lo contrario, sería tanto como que el efecto de un convenio para la distribución de clientes va más allá de lo pretendido por los investigados, contrariando las reglas de la experiencia y la sana crítica que deben motivar la valoración probatoria.
- No obran pruebas con las que pueda acreditarse la continuidad del presunto cartel por doce (12) años en el mercado de cloro. Existe ausencia de pruebas directas sobre la existencia de una dinámica anticompetitiva con solución de continuidad durante ese prolongado periodo de tiempo.
- Se mencionaron correos electrónicos del 7 de febrero de 2005, 3 de febrero de 2012, para luego señalar correos electrónicos de 2013, lo que no demuestra la solución de continuidad sobre el supuesto acuerdo para la distribución de clientes directos. En aplicación de la presunción de inocencia, la ausencia de prueba directa durante siete (7) años seguidos, debe considerarse como prueba de la ausencia de la presunta conducta anticompetitiva.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La ausencia de pruebas directas durante siete (7) años seguidos debe ser considerada como (i) una falta a la carga probatoria que corresponde a la Autoridad y (ii) como un hecho indicador de que la supuesta práctica acordada, como mínimo, no tuvo solución de continuidad a lo largo de los doce (12) años.

## 2.2. Argumentos presentados por los agentes de mercado en relación con las conductas desplegadas en el mercado de soda cáustica

### 2.2.1. QUIMPAC

- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que las conductas parte del sistema anticompetitivo reprochado por la Entidad fueron acordadas entre los demás investigados con anterioridad a la reunión de Panamá en 2012. Por este motivo, **QUIMPAC** no tenía conocimiento de las mismas y solo asistió a dicho encuentro con el fin de concretar y materializar el arrendamiento de sus tanques de almacenamiento en la costa norte del país.
- El arrendamiento de los tanques de almacenamiento de **QUIMPAC** no tuvo como objetivo limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica. Por el contrario, dicha decisión correspondió a una situación de mercado particular. El hecho que las plantas de producción en Perú de dicha compañía tuvieran retrasos en su instalación generó que no pudieran abastecerse la totalidad de sus tanques en Colombia, por lo cual resultaba necesario arrendarlos.
- En la Resolución Sancionatoria no se tuvieron en cuenta las condiciones económicas del arrendamiento de los tanques de almacenamiento de propiedad de **QUIMPAC**. En especial, se pasó por alto que el precio ofrecido a favor de **BRINSA** y **TRICHEM** fue el más bajo en el mercado, lo cual no resulta ser lógico en el marco de un acuerdo anticompetitivo donde las partes buscan obtener rentas supra competitivas.
- De las pruebas mencionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio se evidencia que **QUIMPAC** no participó en la distribución de clientes anteriormente atendidos por **MEXICHEM**.
- No se tuvo en cuenta que **QUIMPAC** no importaba soda cáustica desde México.
- El arrendamiento de los tanques de almacenamiento de **QUIMPAC** debe ser analizado como una conducta aislada a las demás conductas que conforman el sistema anticompetitivo sancionado por esta Entidad.
- A pesar de que en la Resolución Sancionatoria se manifestó que uno de los objetivos del sistema anticompetitivo fue impedir la entrada de nuevos competidores al mercado, las importaciones de **QUIMPAC** siempre se mantuvieron en el mismo porcentaje. Adicionalmente, existían otras empresas diferentes a las investigadas que realizaban importaciones a Colombia, lo cual demuestra que no se impidió la entrada de nuevos competidores.
- **QUIMPAC**, como mucho, actuó como un facilitador inconsciente de la conducta reprochada. Por este motivo, no es correcto sancionarlo bajo lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, como un agente económico cartelista.

### 2.2.2. MEXICHEM

- La multa impuesta a **MEXICHEM** viola la presunción de inocencia y el principio de imparcialidad, toda vez que desde el acto de apertura se evidenciaba una connotación condenatoria por parte de la Entidad y no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por los investigados al proceso.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se basó exclusivamente en la declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** al momento de imponer las sanciones. Además, su decisión violó la confianza legítima de los investigados al haber hecho uso de pruebas ocultas y que no fueron trasladadas en el momento oportuno.
- A pesar de que **MEXICHEM** solicitó en repetidas ocasiones que le fuera entregada copia íntegra del Expediente para ejercer su derecho a la defensa, al momento del traslado del acto de apertura, la Delegatura negó dicha solicitud.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El hecho que durante la audiencia de testimonio de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** otros investigados hubieran manifestado conocer algunas de las pruebas que no le fueron permitidas a **MEXICHEM** demuestra una violación al derecho de igualdad entre las partes.
- Manifestar, como se hace en la Resolución Sancionatoria, que los testimonios solicitados por **MEXICHEM** como prueba dentro del proceso no cuentan con respaldo documental es "acomodaticio". La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene en cuenta que se trata de dos testimonios que se confirman mutuamente y que, por tanto, deben tener un mayor valor probatorio que el testimonio rendido por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**.
- El Despacho del Superintendente de Industria y Comercio generó cargas probatorias imposibles, pues no tuvo en cuenta que no puede probarse un hecho negativo. De esta forma, solicitar un documento que soporte los testimonios de los empleados de **MEXICHEM** y **QUIMPAC** que manifiestan que durante las reuniones de Panamá no se acordó una práctica anticompetitiva es contrario a la presunción de inocencia de los investigados y a la carga probatoria que tiene la Entidad para sancionar.
- El allanamiento de **TRICHEM** no puede considerarse como prueba en contra de los demás investigados. Además, debe tenerse en cuenta que el documento que obra en el Expediente y por medio del cual dicha empresa se allanó a los cargos imputados no puede ser considerado válido. Esto toda vez que la jurisprudencia, al interpretar los artículos 98 y 99 del Código General del Proceso, ha manifestado que para que el allanamiento sea válido debe ser "expreso, libre e incondicional, se deben reconocer los hechos de la demanda". Sin embargo, en el presente caso, el apoderado de **TRICHEM** manifestó allanarse únicamente a los cargos que fueron formulados en contra de su representada.
- En la Resolución Sancionatoria se generó una modificación de los supuestos fácticos respecto al arrendamiento de los tanques de almacenamiento en la costa norte de Colombia y en el hecho que **MEXICHEM**, de acuerdo al supuesto acuerdo anticompetitivo, no podía realizar más ventas en el mercado colombiano.
- Respecto a las pruebas utilizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para soportar la existencia de un acuerdo entre las partes, debe decirse lo siguiente: (i) la declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** es solo un (1) testimonio, que pierde valor probatorio al existir al menos dos (2) declaraciones diferentes que la contradicen; (ii) la presentación de PowerPoint "PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA" no podía ser utilizada como prueba toda vez que no fue de conocimiento de los investigados. Además, la misma representa únicamente una propuesta que plantea una "lista de deseos" de **BRINSA**; (iii) el archivo de Excel utilizado y que evidencia algunos cálculos sobre la operación supuestamente acordada no corresponde a la reunión en la que participó **QUIMPAC**, pues dicha compañía no aparece mencionada en dicho documento; y (iv) la presentación de PowerPoint "CONTRATOS DE SODA Y CLORO" fue realizada con posterioridad a la Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015, por lo cual no puede concluirse que la misma haya sido puesta en conocimiento de dicho órgano social. Además, existen otras versiones del documento en el Expediente que no contienen la información encontrada como relevante por la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no valoró de manera holística las pruebas sobre la salida de **MEXICHEM** del mercado de soda cáustica. De haberlo hecho, hubiera llegado a la conclusión de que dicha empresa nunca dejó de importar producto a Colombia.
- En el presente caso se tuvo por probada la supuesta repartición de los volúmenes de importación de **MEXICHEM** entre **BRINSA** y **TRICHEM** sin tener en cuenta los argumentos que soportaban que la decisión de disminuir dichas importaciones tenía un motivo económico racional. Nadie está obligado a permanecer en un mercado que no le representa rentabilidad alguna.
- Se presenta un incorrecto análisis de los datos de importaciones de soda cáustica a Colombia, los cuales en realidad no muestran ninguna correlación entre la supuesta salida de **MEXICHEM** del mercado y el aumento de participación de los demás investigados.
- No existen pruebas en el Expediente respecto a la distribución de clientes de **MEXICHEM** entre sus competidores.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No está probado que toda la soda cáustica importada por **TRICON ENERGY LTD** (en adelante "**TRICON**") a Colombia fuera de origen de **MEXICHEM S.A.B. de C.V.** (en adelante "**MEXICHEM MÉXICO**"). Por el contrario, los datos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante "**DIAN**") muestran importaciones realizadas desde los Estados Unidos de América.

### 2.3. Argumentos presentados por los agentes de mercado relacionados con el monto de las sanciones

#### 2.3.1. QUIMPAC

- Las sanciones impuestas a **QUIMPAC** deben ser liquidadas de nuevo con información de la declaración de renta de la empresa de 2014, año en el que ocurrieron las últimas conductas investigadas y con salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la realización de las conductas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio cumplió parcialmente con la exigencia de valorar la gravedad de los hechos objeto de sanción para la dosificación de la multa, conforme los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.
- La Autoridad está en la obligación de valorar y sustentar cada criterio de graduación conforme con lo establecido en la Ley 1437 de 2011, así como el peso de cada uno de dichos criterios para calcular el valor de la sanción. Lo anterior es diferente a limitarse a mencionarlos y consignar unos cálculos que desdican la ponderación de las multas, como en el caso de las impuestas a **QUIMPAC**.
- El Despacho debe tener en cuenta los siguientes factores respecto de la conducta relacionada con el mercado de cloro: (i) **QUIMPAC** no fue el instigador de la conducta; (ii) la conducta se extendió, según se desprende de testimonios, de varios acueductos que geográficamente se ubican donde coinciden mercados naturales de las empresas; (iii) del total de producción anual de cloro de **QUIMPAC** durante el periodo 2008-2018, aproximadamente el 11% era destino a los acueductos; (iv) se demostró que el precio de cloro en términos reales decreció; y (v) **QUIMPAC** acudió a las audiencias, no dilató la investigación y allegó toda la información solicitada. Esto último debe valorarse al contrastar su comportamiento con otros investigados que ni siquiera concurren a prestar testimonio habiendo sido citados.
- En lo que respecta al mercado de soda cáustica, debe tenerse en cuenta que **QUIMPAC**: (i) no participó en la planeación o ejecución de la conducta; (ii) no fue el instigador de la misma; (iii) no se benefició de la conducta pues no ganó ningún cliente ni vendió más soda cáustica; (iv) la conducta no tuvo la potencialidad de limitar la competencia; y (v) fue un simple colaborador.
- La sanción impuesta a **QUIMPAC** fue desproporcionada, confiscatoria, atípica, contraria a los estándares que ha manifestado la Superintendencia de Industria y Comercio ante la OCDE, contraria a los sistemas de dosimetría de otras jurisdicciones y, lo que *"es desafortunadamente más grave"*, tiene como consecuencia la creación virtual de un monopolio en ciertos mercados.
- La prohibición de imposición de multas confiscatorias es de orden constitucional. En este caso, la misma impone una carga excesiva pues representa el 78,86% del patrimonio líquido de la empresa y un incremento de la deuda equivalente al 26,79% de la misma en 2018. Esto sucedió en tanto el Despacho utilizó la información fiscal pero no contable de la empresa para definir el límite superior de la multa.
- La multa equivale al 36% del patrimonio de **QUIMPAC**, cifra que dista de forma importante con las multas promedio en términos de patrimonio impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en casos similares desde 2013.
- De acuerdo con la Resolución Sancionatoria, las ventas totales del mercado de cloro en Colombia fueron de 41 mil millones de pesos. Esto implica que la multa impuesta a **QUIMPAC** sea superior al 175% de las ventas en el mercado de cloro nacional en 2017 y superior al 204% de las ventas en 2018.
- En el mercado de cloro, la multa representa el 55% del patrimonio líquido y para el mercado de soda, el 23,65% del mismo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Contrario a lo indicado por la Superintendencia de Industria y Comercio, la multa total representó un 78,9% del patrimonio a 2018.
- Por ingresos totales, las multas totales están por encima del límite de 10% en 2018 y la de cloro está en más de 12% de los ingresos totales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio calculó unos daños durante el periodo investigado en el mercado de cloro de aproximadamente 21 mil millones de pesos. Usando las estimaciones que ha hecho la entidad en otras investigaciones similares, resulta claro que la multa en salarios en función del daño resulta excesiva.
- Por ejemplo, la multa total impuesta a **QUIMPAC** fue similar, y en algunos casos incluso superior, a la multa impuesta a empresas como **KIMBERLY**, **FAMILIA** y **HOLCIM** por acuerdos anticompetitivos en casos en donde se produjeron daños muy superiores a los que advirtió la Superintendencia en este caso.
- Debe advertirse que el daño calculado en el mercado de cloro por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio se basó en todas las ventas de cloro sin considerar que solo un segmento de las mismas pudo ser potencialmente afectado por el cartel.
- Al compararse la sanción impuesta a **QUIMPAC** con multas impuestas a otras empresas en función del tamaño del mercado afectado, se encuentra que en este caso las multas están al mismo nivel de empresas que participan en mercados de mucho mayor tamaño, como el caso de la sanción por cartelización en el mercado de azúcar en el que incluso las empresas sancionadas eran reincidentes.
- Si se compara la multa impuesta a **QUIMPAC** en función del patrimonio con otras multas impuestas, se encuentra que esta solo es comparable con las multas impuestas a agentes reincidentes, esto es, que sus multas han sido agravadas por reiterar comportamientos anticompetitivos. Conforme con los datos examinados, la sanción impuesta a **QUIMPAC** es casi cuatro veces mayor al promedio de sanciones de empresas con un patrimonio mayor.
- Contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el documento **OCDE DAF/COMP/GF (2016)6**, según el cual el ingreso total de la empresa sancionada debe tener una relación positiva con la multa, la Autoridad impuso a **QUIMPAC** una sanción en el mercado de cloro que es significativamente más alta que aquella impuesta a empresas con ingresos similares. La multa impuesta a **QUIMPAC** es similar a aquellas impuestas a empresas más grandes y que han reiterado conductas anticompetitivas.
- A manera de ejemplo, la multa es similar en salarios mínimos mensuales legales vigentes a la impuesta a **HOLCIM**, que tenía ingresos significativamente mayores. Por su parte, es significativamente superior en salarios mínimos mensuales legales vigentes a la impuesta a empresas participantes en el cartel de azúcar, con ingresos similares a **QUIMPAC**.
- Al observar la relación entre duración de la conducta y la proporción de la multa sobre el patrimonio, puede determinarse que la sanción impuesta a **QUIMPAC** es superior a la tendencia observada de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en los últimos cinco (5) años.
- Debe tenerse en cuenta que en la Resolución No. 4606 de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio redujo en 43,77% la sanción impuesta a la sociedad **GUARDIANES**, con fundamento en un análisis del número de infracciones sancionadas, procesos contractuales adjudicados y el monto de su patrimonio, y con el fin de garantizar el correcto cumplimiento de los principios de legalidad, proporcionalidad y finalidad que rigen los procesos sancionatorios desplegados por esta entidad.
- La multa impuesta a **QUIMPAC** es mayor que la impuesta a varios agentes que previamente han sido sancionados por violar el régimen de protección de la competencia, como los ingenios azucareros sancionados en la Resolución No. 80847 de 2015.
- Es necesario tener en cuenta que **QUIMPAC** colaboró en la investigación al no definir ninguna dilación injustificada, permitir la adecuada práctica de pruebas, en línea con el principio de buena fe

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

procesal. En este sentido, debería recibir el mismo trato que otros investigados que recibieron beneficios de hasta el 15% en la presente investigación.

- Sobre la conducta sancionada en el mercado de soda cáustica, la multa es desproporcionada en comparación con los ingresos que derivó **QUIMPAC** por el alquiler de los tanques de almacenamiento de **BRINSA** y **TRICHEM**. Dicho ingreso es al menos cuatro veces menos la multa impuesta.
- El alquiler de los tanques de almacenamiento, hecho con fundamento en el cual se vinculó a **QUIMPAC** en la ejecución de la conducta, representó para la empresa ingresos por \$4.089.543.772 entre 2012 y 2015.
- Conforme las contribuciones hechas a la **OCDE** por la Superintendencia de Industria y Comercio, las multas responden a un tope que represente el 30% de los ingresos del mercado afectado, el número de años que duró la conducta y unos porcentajes de atenuación, con límites en salarios mínimos e ingresos totales del sancionado del año anterior (equivalentes a 100.000 SMMLV y 10% de dichos ingresos). Como se aprecia, la multa a **QUIMPAC** es dos veces superior a este límite pues equivale al 18% de los ingresos de 2018 y al 33% de los de 2014.
- Al analizar los criterios de dosificación de sanciones de las autoridades de competencia de otras jurisdicciones de la **OCDE**, puede determinarse que la multa impuesta a **QUIMPAC** habría sido inferior a las impuestas en Colombia en la mayoría de estas jurisdicciones<sup>19</sup>.
- Con el nivel de endeudamiento requerido para pagar la multa, **QUIMPAC** se vería excluido de participar en varias licitaciones por no cumplir con los indicadores financieros comúnmente establecido en los pliegos de condiciones en casos, por ejemplo, de contratos con los acueductos del país. Simulando el escenario con la multa actualmente impuesta, el índice de liquidez de la empresa sería 0,92, cuando varios procesos piden valores superiores a 1 y el índice de endeudamiento sería 0,75, siendo el común solicitado en los pliegos de condiciones un índice menor a 0,7.
- El delator tendría como premio adicional que, por lo menos por un periodo, sería monopolista con amplio poder de mercado, en un mercado que la Superintendencia de Industria y Comercio pretende proteger.
- Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Sentencia C-394 de 2019, la sanción debe imponerse con salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la infracción y no de la imposición de la sanción. En este caso, debería entonces usarse información de 2014. En este sentido, la multa no debería ser superior a \$43.736.000.000 y deberá tenerse en cuenta la declaración de renta de la empresa en dicho año.

### 2.3.2. BRINSA

- De acuerdo con la reducción del 50%, obtenida por la empresa por la "confesión parcial", la multa original habría sido equivalente a 80.880 SMMLV por la conducta relacionada con el mercado de cloro. Teniendo esto en cuenta, dicha sanción resulta desproporcionada si se compara con la impuesta a **QUIMPAC**, si se tiene en cuenta que la colaboración de **BRINSA** fue mayor a la que reconoce el Despacho, y si se tienen en cuenta criterios como los ingresos por ventas de cloro a acueductos y la utilidad bruta derivada de las mismas.
- La multa impuesta a **BRINSA** originalmente fue mayor en 30.680 SMMLV que la impuesta a **QUIMPAC** por la misma conducta. Esto va en contra del principio de razonabilidad y proporcionalidad de la sanción pues no se tuvo en cuenta que **QUIMPAC** es una compañía de mucho mayor tamaño y que su participación en el mercado fue en promedio de 57,1% del mismo, que representa más de 15% que la participación de **BRINSA** en el mismo periodo.
- La sanción impuesta atenta contra la "regla de oro" de todo programa de delación, según la cual al delator no se le debe nunca conferir un tratamiento más gravoso que el que se confiere a los delatados.

<sup>19</sup> Teniendo en cuenta el límite superior que imponen las leyes de competencia de cada jurisdicción para las sanciones a imponer, estas hubiesen sido menores en jurisdicciones como la Unión Europea, Italia, Alemania, Holanda, Portugal, Reino Unido, Francia, Japón, Corea del Sur, México, Eslovenia y España.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Las actividades de **BRINSA** en el marco del **PBC** fueron más allá de una "confesión parcial" de los hechos pues, como lo señaló la misma Superintendencia, su colaboración efectiva fue decisiva en los resultados de la investigación. En consecuencia, se solicita al Despacho reevaluar subsidiariamente el porcentaje de reducción de la sanción por su colaboración con la Autoridad.
- El Despacho no debió evaluar el total de ventas de cloro en el mercado, sino que debió tener en cuenta el valor de las ventas a clientes directos que son quienes constituyen el fundamento de la sanción, y que ascendieron a \$5.906 millones de pesos en promedio anualmente para el caso de **BRINSA**, es decir, que correspondieron al 42,8% de las ventas de cloro y al 1,66% de las ventas totales de la empresa.
- El Despacho también debe tener en cuenta que el promedio de la utilidad bruta anual de las ventas de cloro a clientes directos equivale solamente a \$3.930 millones.
- La sanción representa cerca de seis (6) años de ventas asociadas a la infracción y casi diez (10) años de utilidades brutas que reporta la compañía sobre las mismas.

### 2.3.3. MEXICHEM

- La Superintendencia de Industria y Comercio nunca determinó el impacto del comportamiento en el mercado. Si como lo indicó el beneficio para **MEXICHEM** fue el alquiler de los tanques, entonces no tuvo en cuenta que el mismo no superó los 12 mil dólares anuales como rentabilidad total.
- El negocio de soda cáustica reportaba un EBITDA de 50 mil dólares en promedio, siendo este un indicador muy bajo para la rentabilidad que se espera de un negocio e inferior respecto de los EBITDAS de las otras actividades de **MEXICHEM**.
- En el mejor de los años de la empresa (2011), las ventas fueron de apenas 7 mil millones de pesos, con un margen de 1.400 millones de pesos, cifras insignificantes para la empresa y sus inversionistas.
- Es equivocado basar la dimensión del mercado en cifras globales de ventas de 112 mil millones de pesos anuales por cuanto dicha cifra no pertenece a la realidad de **MEXICHEM**, ni antes ni después del periodo investigado.
- Las ventas de soda cáustica representaron tan solo una sexta parte de las totales de la empresa y la utilidad bruta menos de la séptima parte.
- Decir que la participación de **MEXICHEM** fue activa no es prueba de su grado de participación. El mismo debe materializarse en elementos que confirmen la dureza de la misma. En el Expediente existen pruebas de la inexcusable participación de **BRINSA** quien planeó, creó, promovió y controló el comportamiento, como lo admitió el **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**.
- **MEXICHEM** presentó pruebas de que la empresa se negó a entregarle a **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** listas de clientes e información adicional, prueba que no fue tenida en cuenta en la Resolución Sancionatoria como señal de carencia de participación activa de **MEXICHEM**.

### 2.3.3. TRICHEM

- Al comparar las sanciones impuestas a las empresas respecto de la infracción en el mercado de soda cáustica, se encuentra que la impuesta a **TRICHEM** fue la más alta. Esto teniendo en cuenta que se reconoció una atenuación de la sanción, concediendo un descuento de 15%, descuento que no se ve reflejado en el monto impuesto.
- La sanción impuesta a **TRICHEM** fue equivalente al 5% de los ingresos de 2018, mientras que la impuesta a **MEXICHEM** fue del 4,2% de sus ingresos del mismo año.
- Al hacer un descuento del 15% de la sanción de **TRICHEM**, se encuentra que la misma sería el 4,25% de los ingresos para 2018 de modo que sería análoga a la impuesta a **MEXICHEM**, a quien no se le otorgó ningún descuento.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No se encontró en la Resolución Sancionatoria justificación alguna para la diferencia en las sanciones impuestas a **TRICHEM** y a **MEXICHEM**, toda vez que esta última no realizó ninguna gestión de eficiencia y aun así su multa fue más beneficiosa.

#### 2.4. Argumentos presentados por las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado

##### 2.4.1. Vinculadas a BRINSA

###### 2.4.1.1. JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI

- Está probado que ha sido consistente y congruente en sus declaraciones.
- Frente al aparte de la declaración rendida que fue objeto de reproche por parte del Despacho por ser incongruente, debe tenerse en cuenta que la pregunta en concreto fue realizada de manera posterior a una en la que se indagó si la decisión de interrumpir la dinámica anticompetitiva había sido comunicada a **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**. De esta forma, no se estaba preguntando sobre la terminación del acuerdo o los efectos derivados del mismo.
- En el aparte de la declaración reprochado por la Superintendencia de Industria y Comercio, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** hizo referencia a desviaciones y reclamaciones entre las partes del acuerdo. Jamás habló de los efectos del mismo.
- **QUIMPAC** incurrió en falacias y yerros de valoración probatoria cuando en las observaciones presentadas al Informe Motivado se refirió a los hechos acaecidos durante los procesos de contratación de los acueductos de Cartagena y Barranquilla.
- **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** explicó y demostró de manera consistente y congruente que lo ocurrido en la licitación de **EMCALI** fue evidencia de la continuidad del acuerdo. Frente al particular, **QUIMPAC** pretendió aislar ciertas partes de la declaración y no analizó en conjunto las diversas declaraciones por él rendidas.
- En ningún momento solicitó ni sugirió la declaratoria de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, ni en sus declaraciones ni en los memoriales presentados.
- Ha colaborado de manera activa y permanente para el esclarecimiento de los hechos relevantes para la investigación, actuando con transparencia, sinceridad y buenas intenciones.
- **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** no cuenta con los conocimientos técnicos y jurídicos para sugerir la caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad, motivo por el cual la mala fe que predica el Despacho en la Resolución Sancionatoria es equivocada. Incluso, en varias de sus declaraciones, sintió la necesidad de aclarar que él no era abogado ni experto en derecho de la competencia, pues es ingeniero químico de profesión. De esta forma, en ningún momento tuvo una intención distinta a contarle a la Autoridad los hechos con transparencia y sinceridad.
- De sus declaraciones es posible observar que los hechos narrados tuvieron lugar en fechas que al día de hoy no darían para establecer que la facultad sancionatoria del Estado se encuentra caducada. Adicionalmente, los hechos narrados por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** evidencian que en ningún momento pretendió indicar que la caducidad había operado.
- En ningún momento estableció que los efectos de los acuerdos anticompetitivos hubieran cesado con lo ocurrido con el proceso de contratación del acueducto de Cartagena.
- La carga de la valoración de las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** correspondía a la Superintendencia de Industria y Comercio, en ningún momento al declarante, más aún, teniendo en cuenta todos los medios de prueba contenidos dentro del Expediente.
- Colaboró de manera activa con la Autoridad, cumplió todas sus obligaciones derivadas del **PBC** y ha sido claro y consistente en sus declaraciones, contando los hechos desde su conocimiento y experiencia.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

- Aceptó y reconoció su participación en el acuerdo anticompetitivo en el mercado de cloro y colaboró con la investigación, entregando material probatorio útil, conducente y pertinente, el cual fue relevante para la misma.
- Teniendo en cuenta lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** ha sido consistente en sus declaraciones. Sin embargo, en la medida en que han sido varias declaraciones, en distintos momentos del tiempo, es de esperarse que existan "*inexactitudes naturales y concomitantes a la naturaleza humana y a la espontaneidad del testimonio*".
- El hecho de encontrar inconsistencias en las declaraciones rendidas no genera que de plano deba reprocharse lo establecido por el declarante, más cuando estas han durado más de once horas y veinticinco minutos en total.
- Debe tenerse en cuenta que cada funcionario de **BRINSA** que prestó su colaboración en la ejecución del acuerdo anticompetitivo tenía un cargo y desempeñaba un rol distinto, motivo por el cual no era posible establecer que lo señalado por cada uno de ellos debiera ser exacto a lo manifestado por los otros investigados, pues sería contrario a la espontaneidad.
- No ha existido en ningún momento intención de malograr la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

#### 2.4.1.2. GUILLIANA QUEVEDO CRUZ

- Frente al aparte de su declaración reprochado por el Despacho debe recordarse que **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** no es abogada y, por ende, no posee los conocimientos técnico-jurídicos para interpretar la definición de acuerdo bajo las normas del régimen de la libre competencia económica.
- **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** siempre estableció que ella no hizo seguimiento ni se comunicó de manera directa con funcionarios de **QUIMPAC**.
- No contradujo en ningún momento los hechos declarados con anterioridad, pues no tenía certeza del momento en el cual cesaron los efectos del acuerdo. Efectos que, de conformidad con las pruebas obrantes en el Expediente, demuestran que la caducidad de la facultad sancionatoria aún no ha ocurrido.
- De la valoración conjunta de las declaraciones rendidas por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, puede concluirse la duración del acuerdo. De conformidad con ello, la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia no ha ocurrido.
- Lo establecido por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** dio cuenta de las desviaciones del acuerdo, sin embargo, esta no tenía conocimiento de las comunicaciones entre las gerencias de **BRINSA** y **QUIMPAC**.
- Lo declarado debe ser valorado teniendo en cuenta el rol que jugó la investigada en la dinámica anticompetitiva y a las sendas desviaciones de los agentes del mercado en la ejecución del acuerdo. En ese sentido, las apreciaciones emitidas por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** corresponden a "*simples opiniones personales*" de acuerdo con su participación en el acuerdo.
- Ha sido congruente y consistente frente a los hechos que soportan las conclusiones de la Superintendencia en la Resolución Sancionatoria.
- Aportó pruebas que dieron cuenta de que los efectos del acuerdo perduraron en el tiempo, motivo por el cual la facultad sancionatoria de la Superintendencia no se encontraba caducada para el momento en que se profirió la Resolución Sancionatoria.
- **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** nunca solicitó o sugirió en sus declaraciones la declaratoria de caducidad.
- Su comportamiento estuvo encaminado a contribuir a que la Autoridad contara con los soportes necesarios para sancionar el comportamiento ilegal en el que incurrieron **BRINSA** y **QUIMPAC**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No cuenta con los conocimientos técnico-jurídicos para sugerir la caducidad, motivo por el cual no puede establecerse que actuó de mala fe.
- Siempre narró los hechos de los cuales tuvo conocimiento, aportó pruebas relevantes para la investigación para que fuera la Autoridad quien, valorando el material probatorio, determinara los hechos que interesaban a la investigación.
- En la medida en que **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** es ingeniera química no estaba obligada a determinar si existía o no un acuerdo restrictivo de la competencia –conforme lo señalado en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992– ni saber hasta qué momento el mismo dejó de existir.
- La Superintendencia de Industria y Comercio *"incurre en un yerro contundente al tratar de interpretar la ratificación (...) en el estricto sentido, y no analizar que las respuestas dadas por ella corresponden a hechos desprovistos de valoraciones y caracterizaciones jurídicas que dan simple cuenta de desviaciones ocurridas en materia del acuerdo anticompetitivo"*, de las cuales tuvo conocimiento por el cargo que ocupaba dentro de la compañía. Así, no podía dársele valor probatorio a una opinión de un testigo o concepto técnico emitido por la declarante.
- Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio realizar las valoraciones jurídicas para saber en qué momento cesaron los efectos jurídicos de la conducta anticompetitiva, utilizando las pruebas obrantes en el Expediente.
- Colaboró de manera activa durante la investigación, siendo consistente en sus declaraciones y no ocultando su participación en la ejecución del acuerdo. Igualmente, **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** reconoció su participación en el acuerdo en el mercado de cloro y entregó material probatorio relevante para la investigación.
- Teniendo en cuenta lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia, **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** ha sido consistente en sus declaraciones. No obstante, en la medida en que han sido varias declaraciones en distintos momentos del tiempo, es de esperarse que existan *"inexactitudes naturales y concomitantes a la naturaleza humana y a la espontaneidad del testimonio"*.
- El hecho de encontrar inconsistencias en las declaraciones rendidas no genera que deba reprocharse lo establecido por la declarante, más cuando estas han durado más de cinco horas en total.
- Debe tenerse en cuenta que cada funcionario de **BRINSA** que prestó su colaboración en la ejecución del acuerdo anticompetitivo tenía un cargo y desempeñaba un rol distinto, motivo por el cual no era posible establecer que lo señalado por cada uno de ellos debiera ser exacto a lo manifestado por los otros investigados, pues sería contrario a la espontaneidad.
- Ha prestado su voluntad para colaborar con la investigación, siendo su conducta procesal transparente y colaborativa con la Autoridad, *"dentro de los parámetros naturales que rodean la espontaneidad de sus testimonios"*.

#### **2.4.1.3. JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO, LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES y GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**

- En su calidad de facilitadores de las conductas anticompetitivas cumplieron a cabalidad con los requisitos legales y con las obligaciones derivadas del Convenio suscrito en virtud del **PBC**.
- En ningún momento han incurrido en causales de exclusión o pérdida de los beneficios del **PBC**.

#### **2.4.2. Vinculadas a QUIMPAC**

##### **2.4.2.1. MAURICIO MEJÍA PARDO**

- Las pruebas obrantes en el Expediente no son suficientes para declarar su responsabilidad. La Superintendencia de Industria y Comercio introdujo una presunción de conocimiento por el ejercicio

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de un cargo de administración para adecuar la conducta de tolerancia que no se sustentó en ninguna prueba.

- La Superintendencia de Industria y Comercio no probó que los temas tratados en las reuniones celebradas entre funcionarios de **BRINSA** y **QUIMPAC** hubieran girado en torno a un acuerdo anticompetitivo.
- Los hechos acontecidos en relación con el proceso de selección adelantado por **EMCALI** no dan cuenta de la continuidad del presunto cartel.
- No se tuvieron en cuenta las pruebas testimoniales que referían la fecha hasta la cual se extendió la presunta conducta anticompetitiva.
- El retiro de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** de **BRINSA** –15 de junio de 2014– marcó el fin de la comunicación entre **QUIMPAC** y **BRINSA** en lo relacionado con el supuesto acuerdo restrictivo de la competencia, pues **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, quien la reemplazó, no se comunicó con funcionarios de **QUIMPAC** para la continuación de la dinámica.
- **MAURICIO MEJÍA PARDO** no fue mencionado en las comunicaciones entre funcionarios de **BRINSA** y **QUIMPAC** para efectos de la repartición de clientes.
- La Superintendencia de Industria y Comercio creó una presunción de culpa en el régimen de la libre competencia económica partiendo del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades, relacionada con el incumplimiento de sus deberes como administrador. La Entidad tiene la carga de demostrar que una persona natural incurrió en alguno de los verbos rectores establecidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, independientemente del régimen de responsabilidad de los administradores –Ley 222 de 1995–.
- No existe suficiente material probatorio para concluir con certeza que la ejecución de la conducta fue hasta diciembre de 2014 o junio de 2015, hecho que resulta contrario a la presunción de inocencia y al principio de necesidad de la prueba.
- **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** refirió en sus declaraciones –y fue consistente– que el acuerdo anticompetitivo habría estado vigente hasta febrero de 2014. Incluso, señaló que máximo se habría extendido hasta marzo o abril de 2014.
- **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** manifestaron que las últimas comunicaciones realizadas en el marco de la ejecución del acuerdo habrían sido a principios de 2014.
- El comportamiento de **QUIMPAC** en el proceso de selección adelantado por **EMCALI** no puede ser interpretado como un hecho de continuidad del supuesto acuerdo anticompetitivo, puesto que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** señaló de manera enfática que para ese momento ya no existían conversaciones entre las compañías.
- El suministro de cloro realizado por **QUIMPAC** a **EMCALI** se debió a una falta de previsión de **BRINSA**, no a un mecanismo de compensación del acuerdo de repartición de clientes. Este provino de una decisión exclusiva de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** derivada de las complicaciones logísticas y operacionales de **BRINSA** en el transporte y entrega del cloro objeto del contrato con **EMCALI**. Perdió de vista el Despacho que la compra de cloro se hizo contra el margen de utilidad que **BRINSA** esperaba obtener con la ejecución del contrato.
- **QUIMPAC** presentó cotización a **TIBITOC** compitiendo en *franca lid* con **BRINSA**. Esta fue presentada antes de que **EMCALI** adjudicara el contrato a **BRINSA**. Así, de haber sido las ofertas mejores para los acueductos, **QUIMPAC** hubiese podido ser el adjudicatario de ambos contratos. Se concluye que esta situación más que una retaliación por el supuesto incumplimiento del acuerdo fue una muestra de la libre competencia en el mercado.
- Existió una indebida valoración probatoria que llevó a que el término de caducidad fuera extendido. Esto por cuanto el Despacho no tuvo en consideración las pruebas recaudadas en la etapa de investigación sobre las cuales se ejerció el derecho de defensa y contradicción, las cuales demuestran que el supuesto acuerdo no se ejecutó más allá de junio de 2014. La Superintendencia

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

utilizó procesos de selección que no fueron referidos por los declarantes durante la investigación, pruebas que no fueron objeto de contradicción.

- Es errada la posición del Despacho consistente en que la conducta desplegada fue continuada, motivo por el cual los efectos del convenio fueron hasta junio de 2015. El efecto del supuesto acuerdo se agotó cuando el contrato fue adjudicado, puesto que de lo contrario sería aseverar que el efecto iría más allá de lo pretendido por los investigados, lo cual viola las reglas de la experiencia y la sana crítica.
- Debe tenerse en cuenta que en casos de colusiones el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha referido que el término de caducidad en un acuerdo colusorio debe contabilizarse desde la fecha de adjudicación del contrato.
- Frente a la conducta en el mercado de soda cáustica, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que en materia administrativa sancionatoria la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita. Incluso, la decisión tomada es contraria al precedente judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual en sentencia del 27 de noviembre de 2018 declaró la nulidad de una sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, al hacer una interpretación completamente excesiva de una declaración de parte que se rindió durante la investigación. En ese sentido, se requiere que la persona tenga un conocimiento consciente de la conducta para que esta sea reprochable.
- Se violó la presunción de inocencia al haber sancionado sin tener prueba de los elementos de la estructura de la responsabilidad administrativa en relación con su participación en el sistema anticompetitivo del mercado de soda cáustica.
- El hecho de que ambos investigados hubieran estado presentes en las reuniones de 2012 y 2013 en Panamá no es prueba de su contribución al sistema anticompetitivo en el mercado de soda cáustica. Debe recordarse que los puntos tratados en estos encuentros fueron acuerdos a los que ya habían llegado los demás investigados con anterioridad.
- No se tuvo en cuenta que **QUIMPAC** no importaba soda cáustica que provenía de México, no participó en la distribución de clientes de **MEXICHEM** y el arrendamiento de sus tanques de almacenamiento en Barranquilla fue una actividad legítima. En este sentido, los investigados no colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron conducta anticompetitiva alguna.
- La Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción, soportando el supuesto conocimiento de los investigados de la existencia de una conducta anticompetitiva, con base únicamente en el cargo que ostentado por **MAURICIO MEJÍA PARDO** para la época de los hechos.
- **QUIMPAC** y sus empleados participaron en las reuniones en Panamá con el único objetivo de materializar el arrendamiento de sus tanques de almacenamiento en Barranquilla.
- Si en gracia de discusión se aceptara la participación y conocimiento por parte de los investigados de un actuar anticompetitivo en el mercado de soda cáustica en Colombia, no existen pruebas que demuestren que el comportamiento de **MAURICIO MEJÍA PARDO** haya ido más allá del 2013. Por este motivo, debe declararse la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia.

#### 2.4.2.2. ANDRÉS HOLGUÍN SARDI

- La Superintendencia no tuvo en cuenta las declaraciones que fueron practicadas en la etapa de investigación y prefirió tener como prueba, para el cálculo del término de caducidad, pruebas documentales a partir de las cuales llegó a conclusiones que no se desprendían de las mismas.
- No existía suficiente material probatorio a partir del cual se hubiera podido concluir con certeza la ejecución continuada del supuesto acuerdo anticompetitivo. En tal sentido, se violó la presunción de inocencia y el principio de necesidad de la prueba.
- No existe una idea clara y sustentada en la Resolución Sancionatoria respecto de la fecha hasta la cual se ejecutó la conducta anticompetitiva.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

- **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** refirió en sus declaraciones –y fue consistente– que el acuerdo anticompetitivo habría estado vigente hasta febrero de 2014, incluso señaló que máximo se habría extendido hasta marzo o abril de 2014.
- **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** manifestaron que las últimas comunicaciones realizadas en el marco de la ejecución del acuerdo habrían sido a principios de 2014.
- El retiro de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** de **BRINSA** –15 de junio de 2014– marcó el fin de la comunicación entre **QUIMPAC** y **BRINSA** en lo relacionado con el supuesto acuerdo restrictivo de la competencia, pues **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, quien la reemplazó, no se comunicó con funcionarios de **QUIMPAC** para continuar con la dinámica.
- El comportamiento de **QUIMPAC** en el proceso de selección adelantado por **EMCALI** no puede entenderse como una muestra de la continuidad del supuesto acuerdo anticompetitivo, puesto que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** señaló de manera enfática que para ese momento ya no existían conversaciones entre las compañías. En el Expediente no obra prueba que permita establecer el ánimo de continuar con la supuesta conducta anticompetitiva con posterioridad a la presentación de la propuesta de **BRINSA**.
- El suministro de cloro realizado por **QUIMPAC** a **EMCALI** se debió a una falta de previsión de **BRINSA** en el mismo, no a un mecanismo de compensación del acuerdo de repartición de clientes. Esta provino de una decisión exclusiva de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** derivada de las complicaciones logísticas y operacionales de **BRINSA** en el transporte y entrega del cloro objeto del contrato con **EMCALI**.
- **QUIMPAC** presentó cotización a **TIBITOC** compitiendo en *franca lid* con **BRINSA**. Esta fue presentada antes de que **EMCALI** adjudicara el contrato a **BRINSA**. Así, de haber sido las ofertas mejores para los acueductos, **QUIMPAC** hubiese podido ser el adjudicatario de ambos contratos. Esta situación más que una retaliación por el supuesto incumplimiento del acuerdo fue una muestra de la libre competencia en el mercado. Por ende, para ese momento ya no existía la conducta.
- Existió indebida valoración probatoria que llevó a que el término de caducidad fuera extendido, por cuanto el Despacho no tuvo en consideración las pruebas recaudadas en la etapa de investigación sobre las cuales se ejerció el derecho de defensa y contradicción, las cuales demuestran que el supuesto acuerdo no se ejecutó más allá de junio de 2014.
- La Superintendencia realizó un razonamiento que es inadmisibles a propósito del cómputo del término de caducidad. Decidió utilizar procesos de selección que no fueron referidos por los declarantes durante la investigación, pruebas que no fueron objeto de contradicción, habiéndole otorgado plena eficacia a esas declaraciones.
- El Despacho estableció de manera errada los “efectos” del supuesto acuerdo restrictivo de la libre competencia. El efecto del acuerdo se agotó cuando el contrato fue adjudicado, puesto que de lo contrario sería aseverar que el efecto iría más allá de lo pretendido por los investigados, lo cual viola las reglas de la experiencia y la sana crítica.
- Debe tenerse en cuenta que en casos de colusiones el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha referido que el término de caducidad en un acuerdo colusorio debe contabilizarse desde la fecha de adjudicación del contrato.

#### 2.4.2.3. ISABEL CRISTINA PRADO OTERO

- Su participación se habría extendido hasta inicios de 2014 o a lo sumo hasta junio de 2014, puesto que **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**, funcionaria con la que se comunicaba en **BRINSA** se retiró de la compañía en ese mes. En ese sentido, la caducidad debió contarse a partir de ese momento, motivo por el cual ya operó.
- El suministro de cloro realizado por **QUIMPAC** a **EMCALI** se debió a una falta de previsión de **BRINSA** en el mismo, no a un mecanismo de compensación del acuerdo de repartición de clientes. Esta provino de una decisión exclusiva de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** derivada de las

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

complicaciones logísticas y operacionales de **BRINSA** en el transporte y entrega del cloro objeto del contrato con **EMCALI**.

- De no revocar la declaratoria de responsabilidad de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** la Superintendencia estaría violando su derecho fundamental a la igualdad al estarle dando un trato discriminatorio injustificado. Esto teniendo en cuenta que se encuentra en la misma situación fáctica que **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**. En la Resolución Sancionatoria el Despacho realizó la prueba de igualdad de manera errada.
- El régimen de responsabilidad por prácticas restrictivas de la libre competencia es subjetivo, postura recientemente ratificada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Bajo este entendido, no se probaron los elementos estructurales para que procediera la declaratoria de responsabilidad.
- Debe tenerse en cuenta que **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** no ejerció un rol fundamental en la dinámica, como tampoco que las comunicaciones sostenidas con **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** hayan estado acompañadas de plena consciencia y voluntad en la ejecución del supuesto acuerdo anticompetitivo.

#### 2.4.2.4. ANDRÉS CORAL CARVAJAL

- La Resolución Sancionatoria estableció que **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) "implementó" la conducta anticompetitiva, lo cual no corresponde con ninguno de los verbos rectores del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** se limitó a cumplir con sus funciones dentro de la compañía, sin conocer los puntos supuestamente acordados por las empresas cartelistas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que en materia administrativa sancionatoria la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita. Incluso, la decisión tomada es contraria al precedente judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual, en sentencia del 27 de noviembre de 2018 declaró la nulidad de una sanción impuesta por esta Superintendencia, al hacer una interpretación completamente excesiva de una declaración de parte que se rindió durante la investigación.
- El hecho que **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** hubiera estado presente en la reunión de 2013 en Panamá no es prueba de su conocimiento sobre los demás puntos tratados en la reunión de 2012, a la cual él no asistió.
- La asistencia de **QUIMPAC** y sus empleados a las reuniones en Panamá se debió al hecho legítimo y no constitutivo de una conducta anticompetitiva, correspondiente al arrendamiento de los tanques de almacenamiento en la costa norte de Colombia.
- **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** no promovió la reunión de 2013 en Panamá, la cual fue iniciativa de **TRICON**. De igual forma, su asistencia a la misma se limitó a los temas relacionados con el descargue de los productos en el puerto de Barranquilla. Incluso, algunos testimonios que obran en el Expediente dan cuenta que dicho investigado se retiró de la reunión.

#### 2.4.3. Vinculada a MEXICHEM

##### 2.4.3.1. LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA

- La multa impuesta a **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** viola la presunción de inocencia y el principio de imparcialidad, toda vez que desde el acto de apertura se evidenciaba una connotación condenatoria por parte de la Entidad y no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por los investigados al proceso.
- A pesar de que **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** solicitó en repetidas ocasiones, al momento del traslado del acto de apertura, que le fuera entregada copia íntegra del Expediente para ejercer su derecho a la defensa, la Delegatura negó dicha solicitud.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El hecho que durante la audiencia de testimonio de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** otros investigados hubieran manifestado conocer algunas de las pruebas que no le fueron permitidas a **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** demuestra una violación al derecho de igualdad entre las partes.
- El Despacho del Superintendente de Industria y Comercio generó cargas probatorias imposibles, pues no tuvo en cuenta que no puede probarse un hecho negativo. De esta forma, solicitar un documento que soporte los testimonios de los empleados de **MEXICHEM** y **QUIMPAC** que manifiestan que durante las reuniones de Panamá no se acordó una práctica anticompetitiva es contrario a la presunción de inocencia de los investigados y a la carga probatoria que tiene la Entidad para sancionar.
- El allanamiento de **TRICHEM** no puede considerarse como prueba en contra de los demás investigados. Además, debe tenerse en cuenta que el documento que obra en el Expediente y por medio del cual, dicha empresa se allanó a los cargos imputados no puede ser considerado válido. Esto, toda vez que la jurisprudencia, al interpretar los artículos 98 y 99 del Código General del Proceso, ha manifestado que para que el allanamiento sea válido debe ser *"expreso, libre e incondicional, se deben reconocer los hechos de la demanda"*. Sin embargo, en el presente caso, el apoderado de **TRICHEM** manifestó allanarse únicamente a los cargos que fueron formulados contra su representada.
- No se tuvo en cuenta que **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** era el Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos, lo cual implicaba que dentro de sus funciones estaba precisamente el cotizar y comprar a los proveedores de soda cáustica.
- **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** no recibió en ningún momento *"instrucción, insinuación, u orden para hacer su labor diaria en beneficio de un cartel o como consecuencia de un cartel"*.
- **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** no participó en reuniones o conversaciones *"donde se estuviere planeando, encubando o determinando un acuerdo anticompetitivo, o donde se le hubiere puesto de presente la existencia de éste"*. De esta forma, no existen pruebas de que haya contribuido activa o pasivamente en el seguimiento o implementación de un acuerdo en favor de **MEXICHEM**.
- No existe ninguna acusación contra **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** en las declaraciones de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**.
- El investigado se vio en la obligación de demostrar su inocencia, cuando esta, de conformidad con la Constitución Política, debe presumirse.

## 2.5. Argumentos presentados por las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado en relación con las sanciones impuestas

### 2.5.1. Personas naturales vinculadas a QUIMPAC

#### 2.5.1.1. MAURICIO MEJÍA PARDO

- La multa impuesta a **MAURICIO MEJÍA PARDO** es excesiva al ser comparada con la multa impuesta a otras personas naturales igualmente responsables en esta misma investigación, así como con otras personas naturales en acuerdos anticompetitivos sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio entre 2013 y 2019.
- La Superintendencia de Industria y Comercio indicó que como criterios generales orientadores para la dosificación de las personas naturales tuvo en cuenta la posición o cargo que desempeñaron en la empresa y el tiempo durante el cual tuvieron participación en el cartel. Sin embargo, estos criterios no aparecen en la Ley 1340 de 2009, implicando que la Autoridad utilice un criterio extralegal para proponer una *"especie de circunstancia de agravación derivada del cargo y el tiempo en que participó en dicho cargo"*.
- A diferencia de otros investigados que también ostentaban cargos de representación legal de sus empresas, a **MAURICIO MEJÍA PARDO** se le agravó su sanción recurriendo al artículo 23 de la Ley 225 de 1995 y definiendo un elemento subjetivo que exacerbó su grado de responsabilidad. Lo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que supone dicho artículo es que el administrador no viole la ley, "como sí (sic) esa no fuera una ya cara de toda persona", pero no considera la obligación de asumir sanciones más gravosas como erróneamente lo supone la Superintendencia de Industria y Comercio.

- En comparación con las sanciones impuestas a otros representantes legales en salarios mínimos mensuales legales vigentes, la multa de **MAURICIO MEJÍA PARDO** es significativamente superior, con lo que se aprecia un tratamiento discriminatorio ante la ley.
- La multa de **MAURICIO MEJÍA PARDO** es casi el doble de las multas promedio a representantes legales impuestas entre 2013 y 2019.
- La multa impuesta a **MAURICIO MEJÍA PARDO** es excesiva, expropiatoria y confiscatoria pues su efecto es una disminución significativa de su patrimonio, el cual no proviene exclusivamente de sus rentas laborales. La misma representa el **█**% de sus ingresos laborales y el **█**% de su patrimonio de 2017.
- Comparando las multas impuestas con el ingreso de las personas naturales sancionadas, se observa una baja correlación entre estas y la gravedad de la infracción, y más bien se observan unas multas que están en función de los ingresos.
- La multa tiene en cuenta ingresos totales, es decir, captura ingresos que no están relacionados con el mercado en el que se dio la conducta reprochada. Esto hace que la misma deje de ser equitativa, proporcional e igualitaria y se convierta en un sistema de recaudo y no de internalización de los costos sociales asociados al cartel.
- La multa de **MAURICIO MEJÍA PARDO** está por encima de lo que se considera la relación media entre el patrimonio y la multa total para todas las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria.
- Pese a que la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que las multas a imponer estarían en función del tiempo durante el cual las personas naturales tuvieron participación en el cartel, este parece no haber sido un criterio usado en la dosificación de la sanción impuesta a **MAURICIO MEJÍA PARDO** pues la misma se desvía totalmente de la tendencia construida a partir de todas las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria.
- La Superintendencia de Industria y Comercio verificó que **MAURICIO MEJÍA PARDO** no cometió conductas anticompetitivas con anterioridad, sin embargo, no tuvo esto en cuenta en la dosificación de su sanción. Si se compara su sanción con la impuesta a personas naturales sancionadas por conductas reiterativas, como en el caso de "Vigilancia" o "Cementos", puede identificarse que la misma es similar a estas, siendo que **MAURICIO MEJÍA PARDO** no incurre en comportamientos reiterados.
- Respecto del comportamiento procesal de las personas naturales de **QUIMPAC**, la Superintendencia de Industria y Comercio guardó silencio para el caso de **MAURICIO MEJÍA PARDO** e indicó que para **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** dicho criterio sería aplicado de forma neutra. Esta última afirmación es estadísticamente falsa pues a ambos se les impuso multas significativamente altas, comparadas con los sancionados en la Resolución Sancionatoria como con "los sancionados entre 2013 y 2019 por violaciones al artículo 47 de la Ley 1340 de 2009".
- **MAURICIO MEJÍA PARDO** jamás tuvo un comportamiento procesal reprochable y estuvo siempre presto a declarar si a bien lo definía así la Superintendencia de Industria y Comercio. Estos hechos no aparecen objetivamente aplicados en la dosificación de la sanción.
- En el presente trámite, la Superintendencia de Industria y Comercio calculó un impacto de la conducta en el mercado de cloro igual a 21 mil millones de pesos, valor varias veces menor que las multas totales impuestas para dicha infracción. En pura teoría económica, este hecho implica una mera extracción de rentas puesto que, si el daño a los consumidores es inferior a la multa, el excedente no es otra cosa que un impuesto.
- De acuerdo con el dictamen pericial presentado por **JORGE FLÓREZ**, "no hay soporte económico que sustente una afectación en el precio de la soda derivado de un acuerdo anticompetitivo. Ahora

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*bien, en gracia de discusión, la SIC concluyó que, durante el periodo investigado, el efecto de la conducta anticompetitiva en el mercado fue de \$21.013'616.714".*

- La multa no es proporcional al "daño" que calculó el Despacho, pues la misma incluye ingresos de otras líneas de negocio diferente a aquella de la que se "beneficiaron" del supuesto cartel.
- La sanción de **MAURICIO MEJÍA PARDO** es significativamente mayor que la de personas naturales en situaciones equivalentes, como las de los casos de "Cementos", "Cuadernos", "Pañales" y "Papel Higiénico", en los que los daños calculados por la Superintendencia de Industria y Comercio fueron muy superiores.
- Teniendo en cuenta el principio de igualdad y para evitar multas confiscatorias, la sanción a **MAURICIO MEJÍA PARDO** no podría ser mayor a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, las multas combinadas no deberían ser superiores al 20% de los ingresos netos.

#### 2.5.2. ANDRÉS HOLGUÍN SARDI

- El Despacho no tuvo en cuenta como atenuantes para dosificar su sanción la no verificación de los criterios asociados a la reiteración de las conductas y la irreprochable conducta procesal de **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI**. Para el caso de otros investigados dichos factores contaron positivamente, disminuyendo las sanciones hasta en un 15% y a veces negativamente, aumentando las sanciones hasta en 50%.
- La multa impuesta a **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** resulta en una importante y desproporcionada disminución en su patrimonio, el cual no proviene exclusivamente de rentas laborales. La misma representa un [REDACTED] % de sus rentas laborales y un [REDACTED] % de su patrimonio líquido.
- La multa impuesta a **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** no es consecuente con su situación financiera, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio está asumiendo que la sancionada derivaba un beneficio económico extraordinario por el cartel.
- La Superintendencia de Industria y Comercio verificó que **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** no cometió conductas anticompetitivas con anterioridad, sin embargo, no tuvo esto en cuenta en la dosificación de su sanción. Si se compara su sanción con la impuesta a personas naturales sancionadas por conductas reiterativas puede identificarse que la misma es similar a estas, siendo que **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** no incurre en comportamientos reiterados.
- **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** tuvo un comportamiento apegado a la buena fe y al debido proceso. Esto debe tenerse en cuenta para la valoración del criterio de conducta procesal. Si bien puede considerarse que es obligación asistir a las diligencias, **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** acudió a las mismas y no se escudó en algún tipo de excusa para no hacerlo, y no realizó ningún tipo de estrategia que pueda entenderse como dilatoria.
- En el presente trámite, la Superintendencia de Industria y Comercio calculó un impacto de la conducta en el mercado de cloro igual a 21 mil millones de pesos, valor varias veces menor que las multas totales impuestas para dicha infracción.

#### 2.5.2. ISABEL CRISTINA PRADO OTERO

- Los criterios usados por la Superintendencia de Industria y Comercio para definir las multas de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** "resultaron siendo estadísticamente arbitrarios y por fuera de cualquier discrecionalidad reglada, pues no aparece una correlación importante entre los criterios para definir las multas en la Ley 1340 de 2009, ni consultó los criterios definidos en la Constitución Política".
- Los criterios de posición o cargo de la persona en la empresa y el tiempo durante el cual tuvo participación en el cartel no aparecen en la Ley 1340 de 2009 ni en normas que le impongan dichas cargas a la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de dosificar las sanciones. Adicionalmente, dichos criterios son usados como una especie de circunstancia de agravación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La Superintendencia de Industria y Comercio verificó que **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** no cometió conductas anticompetitivas con anterioridad, sin embargo, no tuvo esto en cuenta en la dosificación de su sanción. Si se compara su sanción con la impuesta a personas naturales sancionadas por conductas reiterativas puede identificarse que la misma es similar a estas, siendo que **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** no incurre en comportamientos reiterados.
- **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** tuvo un comportamiento apegado a la buena fe y al debido proceso. Pese a que había salido de una grave incapacidad, la sancionada no rehuyó de su deber y se presentó ante la Autoridad a rendir su testimonio. Esto debe tenerse en cuenta para la valoración del criterio de conducta procesal. Además, se le impuso una multa relativamente alta, tanto comparada con otros sancionados de esta investigación como con sancionados de otras investigaciones entre 2013 y 2019.
- En el presente trámite, la Superintendencia de Industria y Comercio calculó un impacto de la conducta en el mercado de cloro igual a 21 mil millones de pesos, valor varias veces menor que las multas totales impuestas para dicha infracción. En pura teoría económica, este hecho implica una mera extracción de rentas puesto que, si el daño a los consumidores es inferior a la multa, el excedente no es otra cosa que un impuesto.
- De acuerdo con el dictamen pericial presentado por **JORGE FLÓREZ**, *"no hay soporte económico que sustente una afectación en el precio de la soda derivado de un acuerdo anticompetitivo. Ahora bien, en gracia de discusión, la SIC concluyó que, durante el periodo investigado, el efecto de la conducta anticompetitiva en el mercado fue de \$21.013'616.714"*.
- La multa impuesta a **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** no es consecuente con su situación financiera, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio está asumiendo que la sancionada derivaba un beneficio económico extraordinario por el cartel.
- Analizando su situación financiera, puede determinarse que no se aprecia un crecimiento del patrimonio de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** que surja de la conducta.
- Para **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** la multa es sinónimo de expropiación pues la misma es equivalente al ■% de sus ingresos de 2017, monto estadísticamente superior a las multas definidas para los demás sancionados.

#### 2.5.2. ANDRÉS CORAL CARVAJAL

- La sanción impuesta a **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** fue desproporcionadamente alta frente a los demás investigados y respecto de personas investigadas en situaciones similares en el pasado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio verificó que **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** no cometió conductas anticompetitivas con anterioridad, sin embargo, no tuvo esto en cuenta en la dosificación de su sanción. Si se compara su sanción con la impuesta a personas naturales sancionadas por conductas reiterativas puede identificarse que la misma es similar a estas, siendo que **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** no incurre en comportamientos reiterados.
- **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** tuvo un comportamiento apegado a la buena fe y al debido proceso. Esto debe tenerse en cuenta para la valoración del criterio de conducta procesal. Afirmar que se aplicó ese criterio de forma neutra es, por lo menos, estadísticamente falso.
- La multa impuesta a **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** no es consecuente con su situación financiera, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio está asumiendo que la sancionada derivaba un beneficio económico extraordinario por el cartel.
- Para **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** la multa es sinónimo de expropiación pues la misma es equivalente al ■% de su patrimonio de 2017, monto estadísticamente superior a las multas definidas para los demás sancionados.

#### 2.5.4. MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO

- La multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio no incluye el 15% de descuento otorgado a la sancionada por su colaboración con la investigación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- A **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** se le impuso una multa de \$34.780.872 equivalente a 42 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Un descuento del 15% sobre la misma equivale a \$5.217.130, es decir, 6,3 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por lo tanto, la multa que debió efectivamente ser impuesta a la sancionada sería de \$29.563.742, equivalente a 35 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

#### 2.5.5. GIOVANNI RATTALINO BORDA

- La multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio no incluye el 15% de descuento otorgado al sancionado por su colaboración con la investigación.
- A **GIOVANNI RATTALINO BORDA** se le impuso una multa de \$8.281.160 equivalente a 10 SMMLV. Un descuento del 15% sobre la misma equivale a \$1.242.174, es decir, 1,5 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por lo tanto, la multa que debió efectivamente ser impuesta al sancionado sería de \$7.038.986, equivalente a 8,5 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

#### 2.5.2. Personas naturales vinculadas a MEXICHEM

##### 2.5.2.1. LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA

- Sobre los criterios utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para dosificar la sanción de **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**, no existe una sola prueba de que el sancionado haya conocido algún tipo de compromiso adquirido por **MEXICHEM**.
- El envío de correos electrónicos como Jefe de Logística no prueba que **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** hubiese participado activamente en la decisión de llegar a un acuerdo anticompetitivo o que hubiese tenido conocimiento sobre alguno.
- No es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio haya tenido en cuenta el cargo ejercido por el sancionado pues en su rol de Jefe de Logística recibe órdenes y articula un trabajo operativo, lo cual riñe con ser una persona conocedora y participante del acuerdo desde su creación y para su cumplimiento.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no se refirió a la última fecha en la que **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** desplegó alguna actividad de allí que no puede afirmar que participó activamente durante la totalidad de la conducta.
- La Resolución Sancionatoria no prueba la intención o culpabilidad de **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no realizó un análisis de los ingresos y declaraciones de renta de **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**, ni de la época de los hechos ni de la actualidad, por lo cual la cuantificación del monto corresponde a una suma arbitraria y sin motivación como corresponde legalmente.

**TERCERO:** Que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA" o "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario haya decretado pruebas.

Mediante Resolución No. 71928 del 10 de diciembre de 2019<sup>20</sup> se resolvió sobre la solicitud de algunas pruebas. De esta manera se incorporaron al Expediente los documentos aportados por **QUIMPAC**. De estas pruebas se corrió traslado a los investigados.

**CUARTO:** Que de conformidad con el artículo 80 del CPACA se procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados contra la Resolución Sancionatoria, dando respuesta a los argumentos presentados.

#### 4.1. Consideraciones preliminares

<sup>20</sup> Folios 6071 a 6073 del cuaderno público cloro-soda No. 23 del Expediente.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que presentaron los recurrentes contra la Resolución Sancionatoria es importante llamar la atención respecto al hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer este derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor, a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica.

Es así cómo, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>21</sup>.

De acuerdo con la OCDE<sup>22</sup>:

*"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

*Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.*

*Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.*

<sup>21</sup> Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?", No. 4, 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad, "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012", Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". 2012.

<sup>22</sup> OCDE corresponde a la sigla en español para Organisation for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios<sup>23</sup>.*

Según la OCDE, los carteles (como en el que participaron BRINSA, QUIMPAC, MEXICHEM y TRICHEM) constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan los recursos de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otras. Estudios recientes sobre el impacto de los carteles empresariales afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales<sup>24</sup>. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%<sup>25</sup> en los productos o servicios afectados por los carteles o acuerdos anticompetitivos, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

La OCDE estima que, en promedio, los carteles empresariales aumentan el 30% del valor de un producto en el mercado<sup>26</sup>. De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia

<sup>23</sup> OCDE. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". 2014. P. 2 y 3.

<sup>24</sup> Connor, J.M. y Lande, R.H. "Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays". *Cardozo Law Review* 427. 2012.

<sup>25</sup> Levenstein, M., y Suslow, V. "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy". *Antitrust Law Journal* 71 (3). 2004. P. 801-852.

<sup>26</sup> OCDE. "Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean". Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

económica son: **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar general de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos o cartelizados, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros del cartel empresarial. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia, abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

*"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.*

(...)

*La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos –ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.*

*En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción<sup>27</sup>.*

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

*"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, **desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se***

<sup>27</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

*benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos*<sup>28</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.

Bajo este entendido, debe insistirse en que la investigación adelantada por la Superintendencia y Comercio dio cuenta de que **BRINSA, QUIMPAC, TRICHEM y MEXICHEM** ejecutaron prácticas anticompetitivas en los mercados de cloro y sus derivados y soda cáustica.

En primer lugar, en el mercado de cloro y sus derivados se encontró que **BRINSA y QUIMPAC** celebraron y ejecutaron un acuerdo de repartición de clientes a través de la coordinación de su comportamiento en los procesos de selección de proveedores de compra de cloro adelantados por distintos municipios del país, atendiendo a una división geográfica. Así, se buscaba que quien estaba asignado a atender determinado acueducto presentaba una oferta a un precio muy alto, muchas veces siendo el único oferente para quedar seleccionado. A través de este cartel se buscó mantener una producción estable de cloro para garantizar la colocación en el mercado del producto. Dentro de esta lógica los cartelistas se comunicaban entre ellos a través de llamadas, mensajes instantáneos y correos electrónicos y se reunían de manera personal. A su vez, existieron mecanismos de monitoreo y seguimiento del acuerdo. Este cartel se ejecutó, por lo menos, hasta junio de 2015.

Por su parte, se encontró que, entre 2012 y 2015, **BRINSA, QUIMPAC, TRICHEM y MEXICHEM** implementaron y ejecutaron un sistema que limitó la libre competencia económica en el mercado de soda cáustica. El sistema anticompetitivo estuvo encaminado a limitar la libre competencia con la finalidad de que los agentes de mercado pudieran aumentar su participación en el mismo y recibir mayores utilidades. Las conductas que conformaron el sistema fueron: (i) la salida acordada y coordinada de **MEXICHEM** del mercado de soda cáustica en Colombia; (ii) la distribución de los volúmenes de importación de soda cáustica a Colombia, anteriormente atendida por **MEXICHEM**, entre **BRINSA y TRICHEM**; (iii) la delimitación del origen y el vehículo de importación de la soda cáustica que sería importada a Colombia por parte de **BRINSA y TRICHEM** por los puertos del atlántico; y (iv) el arrendamiento de ciertos activos fijos (tanques de almacenamiento) en Colombia de propiedad de **MEXICHEM y QUIMPAC** por parte de **BRINSA y TRICHEM**. A su vez, existió un mecanismo de compensación a favor de **MEXICHEM**, el cual consistió en la distribución de soda cáustica a precios previamente convenidos, así como la implementación de un mecanismo de control de cumplimiento del sistema anticompetitivo acordado entre los investigados. Esta práctica se convino en dos reuniones celebradas en Panamá en 2012 y 2013.

El Despacho arribó a esas conclusiones fundamentado en abundante material probatorio obrante en el Expediente a través del cual se demostró la forma en que los cartelistas acordaron y ejecutaron el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica e implementaron y ejecutaron el sistema que limitó la libre competencia económica.

#### **4.2. Consideraciones relacionadas con los argumentos presentados por los agentes de mercado frente a la conducta anticompetitiva en el mercado de cloro y sus derivados**

##### **4.2.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración**

**BRINSA** señaló que el delator y facilitador son figuras diferentes que no pueden confundirse, pues la misma ley las distingue de manera clara. Así, el delator para la obtención de los beneficios por colaboración tiene la obligación de no incurrir en las causales del artículo 2.2.2.29.3.1 del Decreto 1523 de 2015. En esa línea, sostuvo que la obligación del delator, cuando se trate de un agente de mercado, respecto de sus empleados o administradores que hayan participado en acuerdos anticompetitivos, es facilitar la práctica de sus testimonios y no responder por el contenido de los mismos.

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia C 172 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, alegó que con fundamento en el párrafo del artículo 2.2.2.29.3.1 del Decreto 1523 de 2015, se vulneró el debido proceso y derecho de defensa al excluirla del **PBC** sin requerirla previamente, brindarle la oportunidad de rendir explicaciones y defenderse de la causal invocada.

Así mismo, señaló que admitió su responsabilidad con independencia del costo reputacional que le representaba y reconoció expresamente su participación en las conductas anticompetitivas. Agregó que invirtió grandes esfuerzos y recursos humanos y económicos para atender el cumplimiento de las obligaciones derivadas del **PBC**, entre otros, contratación de asesoría jurídica diferente para la empresa y facilitadores; costos de hospedaje y tiquetes aéreos; y asumió riesgos comerciales y financieros derivados de la decisión de delatar.

También indicó que la eventual ocurrencia de una hipotética caducidad no le derivaba ningún beneficio, máxime si su colaboración otorgaba el derecho a la exoneración de la multa, beneficio para el cual sacrificó su reputación al reconocer abierta y públicamente su responsabilidad en los acuerdos anticompetitivos delatados, lo que difícilmente recuperará en su integridad.

Además, **BRINSA** sostuvo que no concederle los beneficios implicaría (i) un grave mensaje para los delatores en el futuro; (ii) perder confianza y credibilidad en el **PBC**; y (iii) omitir brindarle protección al delator frente a represalias, ataques e intentos de los delatados por impedir que se confieran los beneficios pactados.

Por otro lado, reiteró que no concederle los beneficios fue una decisión sorpresiva que comporta un "golpe" a la credibilidad del **PBC** y pone en riesgo la política de defensa de la competencia. Esa decisión, introduce incertidumbre y hace difícil al delator contar con la certeza de que, a pesar de que cumpla con las condiciones y obre de buena fe, tendrá derecho al beneficio que la ley le concede.

Finalmente, señaló que se contrariaron los postulados que la **OCDE** y la **ICN** consideran fundamentales para el buen funcionamiento de cualquier programa de clemencia –*certeza y predictibilidad*–.

Los anteriores argumentos del recurrente no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe anotarse que la libre competencia se ve a menudo amenazada por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas prácticas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas se refieren fundamentalmente a los carteles empresariales y actos de abuso de posición dominante en el mercado.

Por lo anterior, es apenas lógico que una de las prioridades de las autoridades de competencia del mundo sea precisamente desarrollar maneras efectivas de luchar contra los carteles empresariales. Precisamente, hoy en día, diferentes jurisdicciones del mundo cuentan con un programa de beneficios por colaboración para la detección de carteles empresariales, existiendo un consenso entre las diferentes autoridades de que dicho programa es de las herramientas más efectivas en la lucha contra los carteles empresariales.

En esencia, el programa de beneficios por colaboración se caracteriza como especie de "delación premiada" o "beneficio por colaboración", en que un miembro de un cartel denuncia su existencia y a sus miembros y colabora con la entrega de información y pruebas de la misma, a cambio de beneficios que podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta, dependiendo de la calidad, utilidad y oportunidad de la información suministrada<sup>29</sup>.

Entre los beneficios que resultan de contar con un efectivo programa de beneficios por colaboración está el incremento de las posibilidades de detectar y sancionar un cartel empresarial. Los miembros de un cartel son conscientes de la ilegalidad de su proceder y, por tal razón, invierten importantes esfuerzos y recursos en ocultar su actividad cartelista. Hacen reuniones fuera del país, utilizan métodos sofisticados de comunicación (chats, correos electrónicos, celulares prepago), utilizan "alias", entre otras prácticas propias de actividades al margen de la ley.

<sup>29</sup> Superintendencia de Industria y Comercio (s.f.). Guía Práctica. Combatir la colusión en licitaciones.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otro lado, al incrementarse las probabilidades de detección y sanción, se crea un incentivo disuasorio para participar en un cartel empresarial. En la misma línea, quien haga parte del cartel tendrá igualmente el incentivo para cesar su participación y acudir a la Autoridad para delatar su existencia, movido por su temor a ser descubierto o que otro de los miembros del cartel lo haga primero, dados los beneficios de inmunidad o reducción de la multa, creando un claro efecto desestabilizador en el cartel.

A partir de lo expuesto, es importante aclarar al recurrente que la teleología o finalidad de un programa de beneficios por colaboración no está cimentada sobre la perversa idea de que los beneficios que se otorgan a un delator signifiquen una especie de compensación del "*costo reputacional*" que le puede acarrear "*reconocer abierta y públicamente la responsabilidad en los acuerdos anticompetitivos delatados*", tal y como lo aduce **BRINSA**. Todo lo contrario, la delación representa una exención de la sanción a que se hace acreedor quien violó las normas que protegen la libre competencia económica por decidir colaborar con la Autoridad de Competencia y que, en ningún caso, anula el juicio de reproche por su conducta ilegal.

Aceptar el entendimiento que sugiere el recurrente respecto a que los beneficios que se otorgan a un delator comportarían una especie de compensación por los "*riesgos comerciales y financieros derivados de la decisión de delatar*" y que esa sería razón suficiente para otorgárselos automáticamente, equivaldría a patrocinar un incentivo perverso para que cualquier agente del mercado incurra en prácticas restrictivas de la competencia con el pretexto de que una posterior delación tendría la virtualidad, no solo de la exoneración de la multa, sino también de anular cualquier reproche por su comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, lo cual es a todas luces incorrecto.

De esa forma, el supuesto "*costo reputacional*" derivado de la decisión de delatar es una consecuencia negativa insita que debe soportar cualquier infractor del régimen de competencia, aun cuando se le concedan los beneficios derivados de su colaboración con la Autoridad. En otras palabras, el reconocimiento que realiza la Autoridad de Competencia al otorgar al delator el beneficio de la exoneración total o parcial de la multa a imponer no tiene el alcance de excluir el reproche por su actuar ilegal, debido a que antecede a la decisión de conceder beneficios por colaboración declarar la responsabilidad administrativa del delator.

En consecuencia, no puede entenderse que quien deliberadamente infringe una norma pretenda alegar legítimamente la supuesta existencia de un "*costo reputacional*" por su propia decisión de delatar precisamente una conducta ilegal con que vulneró el derecho colectivo a la libre competencia económica. Entonces, su reputación dependerá de que los agentes del mercado en que participa, los consumidores defraudados, y la sociedad en general, juzguen, evalúen y califiquen los actos que cometió y realicen un juicio de valor sobre su proceder.

Incluso, empresas conscientes de su actuar ilegal al cartelizarse, y que han reconocido y delatado la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, antes que alegar un supuesto sacrificio de su "*reputación*" con la decisión de delatar, optan por ofrecer "*disculpas públicas al país*"<sup>30</sup> por su reprochable conducta.

De otra parte, este Despacho concuerda con el recurrente en que las figuras del delator y el facilitador son diferentes a la luz del Decreto 1523 de 2015, lo que es una cuestión que no merece mayor discusión. En efecto, el facilitador es cualquier persona que colabore, facilite, autorice o tolere conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas, en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, y las normas que lo complementen o modifiquen. Por otro lado, el delator es la persona que ha suscrito un Convenio de Beneficios por Colaboración con el funcionario competente.

Sin embargo, lo que no es de recibo es el argumento según el cual la obligación del delator, cuando se trate de un agente de mercado, respecto de sus empleados o administradores que hayan participado en acuerdos anticompetitivos, es simplemente facilitar la práctica de sus testimonios y desentenderse del contenido de los mismos, máxime cuando la información requerida para acceder al **PBC** la entrega en mayor parte precisamente a través de dichos testimonios.

Al respecto, debe señalarse que semejante postura resulta completamente ajena al comportamiento esperado de un agente de mercado que en su condición de delator decide colaborar con la Autoridad

<sup>30</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

de Competencia. Esto es así precisamente debido a que una de las obligaciones del delator es suministrar información o pruebas útiles sobre la existencia del acuerdo y su forma de operación, incluyendo aspectos tales como: objetivos, principales actividades, funcionamiento, nombre de los partícipes, grado de participación, domicilio, producto o servicio, área geográfica afectada y duración estimada del acuerdo restrictivo de la libre competencia que denuncia.

En tal medida, cuando quiera que un agente de mercado en su condición de delator hace depender la utilidad de su colaboración en las versiones de sus empleados o administradores que hayan participado en acuerdos anticompetitivos para suministrar información o servir de prueba, por ejemplo, de la duración estimada del acuerdo restrictivo de la libre competencia que denuncia, no se compadece con un actuar diligente dirigido a colaborar con la Autoridad de Competencia afirmar que simplemente está obligado a facilitar la práctica de sus testimonios y desentenderse de su contenido.

En ese orden de ideas, si bien es cierto lo señalado por el recurrente en cuanto a que la "certeza y predictibilidad" o la "confianza y credibilidad" son atributos que se consideran fundamentales para el buen funcionamiento de cualquier programa de clemencia, no es menos cierto que un verdadero "golpe" a su credibilidad y que en realidad pondría en "riesgo la política de defensa de la competencia" es que el instrumento previsto en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 confiera prebendas a personas que no sean responsables en colaborar, en especial al momento de suministrar la información o las pruebas útiles sobre la existencia del acuerdo y su forma de operación.

Asumir esa posición no solo implicaría burlar la regulación normativa, sino que daría lugar a impunidad por exonerar del pago total o parcial de las multas a personas que únicamente confesaron, pero nunca colaboraron verdaderamente con la investigación. En razón a lo anterior, este Despacho es categórico en señalar que "confesar no es colaborar"<sup>31</sup>.

Al respecto, vale la pena recordar que el PBC implica, para la empresa delatora, el cumplimiento de obligaciones de admisión y de permanencia, es decir, la carga del aspirante a los beneficios del programa es dual: por un lado, debe acreditar ciertos requisitos para acceder al mismo y, por el otro, mantener la colaboración durante todo el transcurso de la investigación administrativa sancionatoria.

Así, esta Superintendencia al referirse a la justificación del PBC en nuestro ordenamiento jurídico ha indicado que la declaración de los participantes en la dinámica cartelista tiene una importancia mayúscula para facilitar la labor investigativa. Se ha establecido que:

*"[U]na de las principales justificaciones para sostener en el ordenamiento jurídico colombiano un Programa de Beneficios por Colaboración, es la posibilidad que tiene la Autoridad de Competencia de conocer de primera mano los detalles de los carteles empresariales por la versión y con las pruebas aportadas por los propios infractores. En particular, **la declaración de los participantes en la dinámica cartelista cobra una importancia mayúscula al permitir que sea la persona que ha vivido y ejecutado la conducta anticompetitiva quien relate y especifique todas las circunstancias que involucraron la infracción del régimen de libre competencia, facilitando así, la labor investigativa**. La anterior concepción parte del entendimiento lógico según el cual nadie puede conocer mejor una infracción al régimen de libre competencia que quien la cometió"<sup>32</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Bajo ese entendido, entre otras cuestiones, colaborar se traduce en que, si eventualmente las versiones de los empleados o administradores presentadas como información o prueba útil de algún aspecto o forma de operación del acuerdo anticompetitivo delatado resultan abiertamente contradictorias, por ejemplo, para dar cuenta de su duración estimada, es a todas luces lógico que el delator debe cooperar o contribuir con la Autoridad de Competencia en el esclarecimiento de tal circunstancia, lo que implica que, por lo menos, indique expresamente la versión que merece credibilidad, máxime cuando el agente de mercado es quien precisamente ofreció la versión de sus empleados para delatar el acuerdo anticompetitivo y una de las versiones pone en tela de juicio la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>31</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 69906 del 19 de octubre de 2016.

<sup>32</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 69906 del 19 de octubre de 2016.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Sobre el particular, se insiste en que esta Superintendencia<sup>33</sup> ha sido enfática en señalar que para la concesión de los beneficios no basta con la simple confesión del acuerdo anticompetitivo, sino que además se debe colaborar durante todo el curso de la actuación administrativa.

*"En suma, para que la Superintendencia de Industria y Comercio adopte una decisión final favorable sobre la concesión del beneficio de exoneración total o parcial del pago de la multa, no basta con la simple confesión de la participación de la persona natural o jurídica en el cartel empresarial, pues ello es tan solo uno de los requisitos de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración, **sino que deberá colaborar durante el curso de la actuación administrativa**" (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De otra parte, con fundamento en el párrafo del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, **BRINSA** señaló una supuesta vulneración al debido proceso y el derecho de defensa, en razón a que para decidir la pérdida de beneficios se le debía requerir previamente, brindarle la oportunidad de rendir explicaciones y defenderse de la causal invocada. Al respecto, este Despacho considera que no le asiste razón al recurrente en su confuso argumento debido a que la norma que alega como desconocida no es aplicable a la causal que al adoptar la decisión determinó la pérdida de beneficios en el Resolución Sancionatoria y, en cualquier punto de discusión, se encuentra garantizado su derecho de defensa.

En efecto, se le debe recordar al recurrente que la pérdida de beneficios en el presente caso obedeció a la configuración de la causal prevista en el numeral 1 del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, esto es, cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración y no a la causal prevista en el numeral 5 *ibidem*, esto es, cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia.

En tal medida, la aplicación del párrafo del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015 se encuentra supeditada a aquel evento en que se afirme que algún participe en el acuerdo tiene la condición de instigador o promotor, caso en el cual la pérdida de beneficios será decidida por el Superintendente de Industria y Comercio al resolver el caso, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa. De esta manera, debido a que en ningún momento en la Resolución Sancionatoria se determinó o si quiera afirmó respecto a **BRINSA** la condición de "instigador o promotor" del acuerdo anticompetitivo, es completamente improcedente dar aplicación al párrafo que echa de menos el recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior, en cualquier caso, la decisión que en la Resolución Sancionatoria se adoptó respecto de la configuración de la causal prevista en el artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015 para la pérdida de beneficios no puede bajo ninguna circunstancia vulnerar el "debido proceso y derecho de defensa" ni ser catalogada como "sorpresa". En efecto, en virtud del numeral 13 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 recae en el Superintendente de Industria y Comercio la competencia funcional para conceder los beneficios por colaboración previstos en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y, en armonía con el propio artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, "[e]n el acto administrativo que decida la actuación administrativa el Superintendente de Industria y Comercio concederá los beneficios por colaboración (...)". De lo anterior se desprende que será en dicha oportunidad que se entre a analizar si se configuró o no alguna causal prevista en el artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015.

En la confección del procedimiento administrativo especial para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva se encuentra prevista la garantía para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción respecto de la eventual configuración de alguna causal que determine la pérdida de beneficios por colaboración. En efecto, con fundamento en el artículo 74 y 79 de la Ley 1437 de 2011, "el acto administrativo que decida la actuación administrativa", y en que se determine no conceder los beneficios al delator, es susceptible del recurso de reposición para que quien expidió la decisión la aclare, modifique, adicione o revoque, lo que incluye incluso la posibilidad de solicitar pruebas con ese propósito, tal y como sucedió en el presente caso.

A partir de las razones expuestas, una afirmación dirigida a sostener que la decisión que se adoptó en relación con no conceder los beneficios fue "sorpresa" y vulneró el "debido proceso y derecho de defensa", no solo resulta abiertamente infundada, sino que además denota un completo desconocimiento del procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia.

<sup>33</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otra parte, **BRINSA** también presentó diversos y reiterados argumentos en relación con la valoración de las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**). Sobre el particular, indicó que (i) no estaba obligada a controvertir sus percepciones (ii) que ellos emitieron opiniones personales que carecen de la "expertise" necesaria para calificar las conductas y emitir pronunciamientos respecto de conceptos jurídicos y; (iii) que en sus declaraciones se limitaron a dar su apreciación o percepción individual respecto de las conversaciones que sostenían con **QUIMPAC** y no sobre la vigencia del acuerdo o la caducidad de la facultad sancionatoria.

De otra parte, indicó que quien rinde testimonio lo hace de manera individual, espontánea, con su propia percepción de la realidad y bajo la gravedad del juramento. En esa línea, presentó diferentes argumentos para resaltar que (i) no instruyó, ni sugirió a sus empleados, que pusieran en tela de juicio la competencia temporal para sancionar; (ii) que no le está permitido determinar ni interferir en las declaraciones que rinden los facilitadores; y (iii) que no direccionó o preparó un "libreto de respuestas", ni señaló cómo y en qué sentido debían responder a las preguntas.

Los argumentos presentados por el recurrente no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es importante señalar que llama la atención de este Despacho el hecho que **BRINSA** para controvertir la decisión de no concederle los beneficios recurra a plantear una serie de argumentos defensivos a partir de consideraciones inexistentes. En efecto, aun cuando en ningún momento en la Resolución Sancionatoria se señaló que **BRINSA** "instruyó", "sugirió", "interfirió", "direccionó" o "preparó un libreto de respuestas" para las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), el recurrente desarrolla diversos argumentos para defenderse sobre el particular.

De aceptar que los argumentos que **BRINSA** planteó hubieran sido las verdaderas razones por las cuales no se le concedieron los beneficios, la causal que tendría que haberse configurado no sería la prevista en el numeral 1 del artículo. 2.2.2.29.3.1. que prohíbe al delator controvertir en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración, sino la causal prevista en el numeral 4 *ibídem* que prohíbe al delator alterar elementos de prueba relevantes en relación con el acuerdo restrictivo de la libre competencia.

En razón a lo anterior, se reitera que en la Resolución Sancionatoria una vez realizado un examen exhaustivo de los hechos confesados por **BRINSA** en su delación a través de los testimonios que dispuso para ello, es decir, durante el trámite de la solicitud de acceso al **PBC**, y los narrados posteriormente en la instrucción de la investigación, este Despacho advirtió evidentes contradicciones que no solo controvierten lo expuesto en el trámite de la delación, sino que, dado el momento particular en el que se presentaron, apuntaban a que la propia investigación fuera malograda, comoquiera que en últimas sugerían que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio habría caducado.

El anterior motivo, y no "alterar" o "interferir" en las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), fue la razón determinante para no conceder los beneficios por colaboración. Es apenas lógico que en ningún momento se sostuvo que **BRINSA** debía "interferir" en las declaraciones que rinden los facilitadores, semejante entendimiento del recurrente no solo constituye una lectura abiertamente equivocada de las razones que determinaron la pérdida de sus beneficios, sino que además de haberse presentado con plena seguridad rayaría en las conductas punibles de falso testimonio o fraude procesal previstas en la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Por el contrario, en la Resolución No. 57600 de 2019 se consideró que:

*"[E]s innegable que, si **BRINSA** hace depender la utilidad de su colaboración en las versiones de las personas referidas [**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**], y esas personas controvierten los hechos reconocidos en la delación, la compañía deberá cargar con las consecuencias de dicho comportamiento, bajo el entendido que no se hubiera apartado expresamente del mismo, indicando a la Autoridad la versión que merece credibilidad. No obstante lo anterior, a la fecha no obra en el Expediente pronunciamiento alguno en tal sentido de **BRINSA**, lo que sugeriría al Despacho que comparte la versión de los hechos que controvierte lo reconocido en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración".*

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Por lo anterior, se reitera que colaborar se traduce, entre otras cuestiones en que, si las versiones de los empleados o administradores presentadas como información o prueba útil de algún aspecto o forma de operación del acuerdo anticompetitivo delatado resultan contradictorias o contravienen otras pruebas, por ejemplo, para dar cuenta de la duración estimada del cartel, el delator está en la obligación de cooperar o contribuir con la Autoridad de Competencia en el esclarecimiento de tal circunstancia, lo que implica que, por lo menos, indique expresamente la versión que merece credibilidad, máxime cuando es el agente de mercado quien precisamente ofreció la versión de sus empleados para delatar el acuerdo anticompetitivo.

Concretamente, al ingresar al PBC, **BRINSA** confesó su participación en un acuerdo ilegal con **QUIMPAC**, a través del cual dichas empresas se repartieron geográficamente sus clientes directos de cloro, especialmente los acueductos del país. Adicionalmente, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.2.29.2.6. del Decreto 1523 de 2015, **BRINSA** suministró la información y pruebas útiles correspondientes a aspectos del cartel tales como objetivos principales, funcionamiento, producto o servicio, área geográfica, duración, entre otros.

Particularmente, sobre la duración del acuerdo de repartición de clientes con **QUIMPAC**, **BRINSA**, a través de diversos medios probatorios aportados en el marco del PBC, incluyendo las declaraciones de sus funcionarios que participaron directamente en el cartel, señaló que el acuerdo anticompetitivo tuvo su origen con anterioridad al 2002 y se prolongó hasta por lo menos diciembre de 2014.

En efecto, aparte de suministrar varias pruebas documentales que dan cuenta de la ejecución de la conducta confesada durante todo el 2014, las cuales fueron expuestas en detalle en la Resolución Sancionatoria, **BRINSA** delegó el esclarecimiento de los hechos y la duración del cartel en los funcionarios de la empresa que participaron directamente en el mismo, especialmente en **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**, Gerente de la UEN de Industria desde 2012 a la actualidad y, además, cabeza visible del cartel por parte de **BRINSA** desde su ingreso a la empresa, así como de **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014), funcionarias de **BRINSA** directamente relacionadas con la venta de cloro a acueductos y la ejecución del cartel.

En este punto, resulta necesario poner de presente que tal y como lo reconoce el recurrente **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de UEN de Industria desde 2012 a la actualidad), él y su equipo constituían la opción más viable para que **BRINSA** esclareciera los hechos en los que se desarrolló el cartel confesado y especialmente particularidades como su duración, toda vez que su unidad de negocio gozaba de total autonomía en la empresa y, como se demostró en la Resolución Sancionatoria, tanto la ejecución del cartel, como las comunicaciones y concertaciones con **QUIMPAC**, estaban a cargo de dicha unidad de negocio, sin mayor intervención de la gerencia general de la empresa u otras dependencias.

Al respecto, vale la pena poner de presente lo señalado por **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA** y Representante Legal de la empresa del 2013 al 2016) en la declaración que rindió en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, en la que aseveró que lo relacionado con el cloro a nivel industrial en la compañía estaba en cabeza de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**, quien gozaba de plena autonomía en su área:

*"JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO: (...) JUAN CAMILO era, como les decía, el experto, era el segundo mejor salario después de la Gerencia General y eso, dado el tema, lo técnico, lo específico, digamos que le dio cierta autonomía, a lo cual no estoy diciendo ni juzgando si eso es bueno o malo, solamente la forma como trabajamos en ese momento. Yo estaba más dedicado a muchos temas, algunos muy domésticos, no esperé encontrarme cinco o seis casos reales que de cosas que no dejaban que la compañía avanzara, encima de eso tenía el cambio de toda la primera línea del negocio, el único que quedó fue JUAN CAMILO porque tenía este reconocimiento por parte de la junta de su expertise, de su trayectoria, el conocimiento y eso en parte le dio una autonomía que, hoy, cuando uno mira de para atrás, podría ser inadecuada (...)"<sup>34</sup>.*

<sup>34</sup> Folio 1599 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente, Carpeta 17-183350-180618, archivo \*0 - 2018-06-18 08-46-24-088\*. Min: 1:16:15.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Dejando claro lo anterior, aparte de que **BRINSA** aportó varias pruebas documentales que dan cuenta de la ejecución del reparto de mercados durante todo el año 2014 e incluso hasta mediados de 2015, tal y como se expuso en el numeral **8.4.2.2.** de la Resolución Sancionatoria, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** sostuvo en la declaración que rindió en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración que durante el 2014 no se presentó a procesos de selección de clientes que requieran cloro pudiendo hacerlo, en razón a que dichos clientes estarían asignados a **QUIMPAC**.

Así mismo, continuando con su relato del desarrollo del cartel, manifestó que, para diciembre de 2014, cuando a **BRINSA** en unión temporal con otra empresa se le adjudicó un contrato de suministro de cloro en **EMCALI**, **QUIMPAC** reaccionó sorprendido y desconcertado, pues en virtud del reparto de mercado, ese acueducto correspondía a su territorio. Teniendo en cuenta la reacción de **QUIMPAC**, para esa época el cartel seguiría vigente y la oferta de **BRINSA** a **EMCALI** habría sido un desvío de lo acordado. También indicó que en diciembre de 2014 sostuvo una reunión con funcionarios de **QUIMPAC** en la cual le recriminaron el hecho de haber presentado un precio competitivo en el acueducto de **EMCALI**. Sin embargo, con el fin de que **QUIMPAC** no intentara acceder al acueducto de **TIBITOC**, el cual se encontraba en la zona de influencia de **BRINSA**, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** decidió "aquietar" a **QUIMPAC**, acordando que esta última fuera el proveedor del contrato de suministro de cloro que **BRINSA** logró con **EMCALI**<sup>35</sup>.

En la misma línea, **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria 1997-hoy) manifestó que la conducta se extendió hasta diciembre de 2014<sup>36</sup>, cuando **BRINSA** presentó una oferta para participar en un proceso de **EMCALI**, y que esto habría puesto fin a "los acuerdos que podían existir aún en cloro, con los acueductos"<sup>37</sup>. Por su parte, **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de ventas de la UEN de Industria 2009-hoy) también refirió que el episodio con **EMCALI** ocurrido en diciembre de 2014, fue el que marcó la ruptura de conversaciones entre **BRINSA** y **QUIMPAC** y, por ende, el fin del acuerdo<sup>38</sup>. A su vez, **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General y Representante Legal de **BRINSA** 2013-2016) refirió que para la época en que tuvo lugar la adjudicación a **BRINSA** con **EMCALI**, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria 2012-hoy), le advirtió que "nosotros respetamos geografías"<sup>39</sup>, lo que da cuenta de la vigencia del acuerdo para dicha época (diciembre 2014).

Finalmente, **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero 2002-2014) refirió que para junio de 2014, fecha hasta la cual estuvo vinculada a **BRINSA**, el acuerdo en el mercado de cloro continuaba<sup>40</sup>.

Las anteriores declaraciones, con las cuales **BRINSA** reconoció en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración que el cartel confesado duró hasta por lo menos diciembre de 2014, las cuales se encuentran soportadas por numerosas pruebas documentales obrantes en el Expediente, valoradas en conjunto, permitieron a la Delegatura formular a **BRINSA** y **QUIMPAC**, en la Resolución de Apertura de Investigación<sup>41</sup>, el cargo de reparto del mercado de cloro, señalando expresamente que la duración del mismo se habría prolongado hasta diciembre de 2014. Ante dicha imputación, **BRINSA** no manifestó disenso alguno en la oportunidad que tenía por ley para presentar sus descargos frente a la misma.

Ahora bien, como se muestra a continuación, en las diligencias de ratificación que se llevaron a cabo en las instalaciones de esta Superintendencia en junio y julio de 2019, durante la etapa de instrucción de la investigación, las declaraciones de dos de los funcionarios con que la empresa delatora suministró la información pertinente y esclareció los hechos que daban cuenta de la duración del cartel confesado, controvirtieron abierta y manifiestamente no solo sus propias declaraciones, rendidas en

<sup>35</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1. Min: 32:25 y 47:33.

<sup>36</sup> Folio 1594 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Declaración de **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** Carpeta 17183350-021117, archivo "0 - 2017-11-02 14-30-21-022". Min: 51:20-57.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Folio 1595 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3. Min: 37:00.

<sup>39</sup> Folio 1599 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3. Min: 1:17:22.

<sup>40</sup> Folio 1614 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3. Min: 47:00.

<sup>41</sup> Folios 2297 a 2357 del cuaderno público cloro-soda No. 9 del Expediente (Resolución de Apertura de Investigación).

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, sino todas las demás pruebas aportadas por **BRINSA** precisamente para dar cuenta de esa duración, las cuales fueron expuestas en detalle en la Resolución Sancionatoria.

Al respecto, resulta de la mayor relevancia resaltar que la participación en el cartel de dichos funcionarios de **BRINSA** no era menor o poco significativa, lo cual disminuiría la gravedad de tal comportamiento, sino que por el contrario comportaban dos de las personas más importantes para esclarecer los hechos que daban cuenta del cartel y específicamente de su duración, toda vez que se trató nada menos que de la cabeza visible del cartel por parte de **BRINSA** (**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI**) y la funcionaria que tuvo a cargo la venta de cloro a acueductos a partir del segundo semestre de 2014 (**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**), que incluso actualmente se encuentran vinculados a **BRINSA**.

En efecto, en la diligencia de ratificación realizada el 24 de julio de 2019, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria 2012-hoy), luego de hacer un recuento de cómo no se estaría ejecutando el cartel de reparto de clientes de cloro con **QUIMPAC** durante el 2014, sostuvo en los siguientes términos que dicha conducta había cesado desde "marzo, abril 2014":

*"DELEGATURA: (...) ¿Hasta qué época puntualmente se extendió la dinámica que venía adelantándose en materia de acueductos por parte de **BRINSA** y por parte de **QUIMPAC** de manera concertada, según su conocimiento y según toda la exposición que nos ha hecho hasta el momento?"*

***JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI: Según mi conocimiento y lo que yo... pues yo no soy abogado ni experto en derecho de competencia, pero para mí desde la licitación de aguas de Cartagena ya no había concertación de acueductos ni de distribución de acueductos... eso es desde marzo, abril de 2014***<sup>42</sup>.

Nótese que esta última respuesta de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** no requiere mayor interpretación, en el sentido que es clara en afirmar específicamente que "desde la licitación de aguas de Cartagena ya no había concertación de acueductos ni de distribución de acueductos... eso es desde como marzo, abril de 2014".

En el mismo sentido, tampoco se requiere un análisis profundo ni ninguna "expertise" para advertir que afirmar en julio de 2019 que no había concertación de acueductos desde marzo o abril del 2014, esto es, cinco (5) años y tres (3) meses atrás, inevitablemente sugiere que el declarante está manifestando que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio estaría caducada para la fecha de la declaración. A lo anterior debe sumarse que **BRINSA** hizo referencia reiteradamente en su recurso de reposición a los grandes esfuerzos para brindar asesoría jurídica exclusiva y especializada a los delatores, por lo que no deja de llamar la atención que la gravedad de dichas declaraciones hubiese pasado desapercibida.

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho se encuentra acreditado y no existe la menor duda que el funcionario más importante enviado por **BRINSA** para dar cuenta de la duración del cartel confesado contravirtió su propia declaración y las demás pruebas suministradas por **BRINSA** en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, que demostraban que la conducta investigada se ejecutó hasta por lo menos diciembre de 2014.

Lo mismo sucedió con la declaración que rindió **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) (encargada de la venta de cloro a acueductos a partir del segundo semestre de 2014), quien, en diligencia de ratificación del 19 de junio de 2019, sin reparo alguno, y contravirtiendo abiertamente la declaración que rindió en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración, manifestó que los comportamientos investigados se llevaron a cabo hasta máximo el 2013;

*"DELEGATURA: ¿**GUILLIANA**, hasta qué periodo usted pudo haber participado del acuerdo que ha señalado en esta diligencia... en materia de cloro?"*

***GUILLIANA QUEVEDO CRUZ: Para mi concepto, en mi opinión personal es que hasta... 2013 máximo, porque después de eso no recuerdo ninguna conversación ni que nos haya tocado consultar con nadie el precio, sino que nosotros hacemos las licitaciones desde ese***

<sup>42</sup> Folio 4763 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Min: 1:56:20.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

momento y ya nos presentamos el precio que es favorable para la compañía y no se consulta con nadie<sup>43</sup>.

Como se muestra a continuación, basta contrastar esta última declaración con la rendida por la misma funcionaria de BRINSA previamente, para advertir la evidente contradicción con la que manifiestamente se controvierte lo afirmado en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración:

**"GUILLIANA QUEVEDO CRUZ:** En diciembre del 2014, como yo era la encargada de aguas, por instrucción de JUAN CAMILO ARANGO, decide la compañía, BRINSA, presentarse en unión temporal con la compañía PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS en la licitación de cloro para EMCALI, el acueducto de Cali. Ese acueducto era en su momento o es en este momento uno de los acueductos más grandes del país. Calculando así, a vuelo de pájaro, es tan grande como Bogotá, o sea, a pesar de que Cali es una ciudad más pequeña, la calidad del agua es mucho menor que la de Bogotá, entonces el consumo de cloro es mucho más grande. O sea que es un acueducto muy atractivo para el productor de cloro, o sea como es BRINSA. Entonces por instrucción de él decidimos presentarnos en unión temporal a esa licitación. Y, para mí la presentación en diciembre del 2014 de la oferta en EMCALI da fin a los acuerdos que podían existir aún en cloro, con los acueductos.

**DELEGATURA:** ¿Por qué con esto se da fin al acuerdo que tenían con los acueductos con QUIMPAC?

**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ:** Porque pues, nos metimos a la casa de QUIMPAC, les quitamos el acueducto más grande que ellos manejaban, entonces entramos en guerra directa, o sea ya no había respeto de precios ni respeto de clientes, sino que BRINSA ya había decidido en cabeza de JUAN CAMILO ARANGO presentarnos donde nos invitaran. Y así lo estamos haciendo, desde diciembre de 2014<sup>44</sup>.

Como puede observarse de todo lo anterior, JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI y GUILLIANA QUEVEDO CRUZ, los funcionarios de BRINSA con la mayor competencia para suministrar la información relacionada con la duración del cartel investigado, manifestaron en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración que el cartel se prolongó por lo menos hasta diciembre 2014 y, posteriormente, en las diligencias de ratificación surtidas en el curso de la instrucción de la investigación, GUILLIANA QUEVEDO CRUZ manifestó que la duración del cartel fue hasta el 2013, al paso que JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI manifestó que la conducta habría cesado en marzo, abril de 2014.

Sin perjuicio de lo expuesto, este Despacho advierte que, si bien al momento de la expedición de la Resolución Sancionatoria BRINSA no se había apartado expresamente de dichas declaraciones, se reconoce que en su recurso de reposición sí lo hizo, señalando que lo expresado en las mismas "de ninguna manera corresponde a la posición de BRINSA", pues se trató de "opiniones personales" o una "apreciación o percepción individual".

Así las cosas, no obstante este Despacho reitera que "confesar no es colaborar"<sup>45</sup> y que la empresa delatora debe mantener la colaboración durante todo el transcurso de la investigación administrativa sancionatoria, se reconoce que BRINSA se apartó expresamente de las versiones contradictorias de sus empleados y, por esa vía, clarificó su posición, soportada en el restante material probatorio – declaraciones y documentos– que dan cuenta sin lugar a dudas de que la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no operó. Al respecto, sostuvo que:

"[R]especto de la duración del acuerdo, mi representada enfáticamente se permite señalar que esa es la percepción de sus empleados la cual, si bien no le es dado valorar, ni calificar, de ninguna manera corresponde a la posición de BRINSA que siempre ha estado sustentada en el conjunto de las declaraciones rendidas por los empleados y administradores (no en unas opiniones aisladas) que comparecieron ante la Autoridad en las diferentes instancias, así como en los documentos que se aportaron, que fueron trasladados al expediente de la investigación y que permitieron a la Superintendencia de

<sup>43</sup> Folio 4296 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Min: 00:49:56.

<sup>44</sup> Folio 1594 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Declaración de GUILLIANA QUEVEDO CRUZ. Carpeta 17183350-021117, Archivo "0 – 2017-11-02 14-30-21-022". Min: 51:20.

<sup>45</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 89906 del 19 de octubre de 2016.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Industria y Comercio colegir que no se configuraba la caducidad de la facultad sancionatoria (...) (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Con fundamento en lo anterior, puede colegirse que **BRINSA** se aparta de la versión que no merece credibilidad de las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, pruebas que particularmente aportó al **PBC** para dar cuenta de aspectos relacionados con el acuerdo anticompetitivo delatado, entre otros, su duración. Esa posición se traduce precisamente en la colaboración que la Autoridad de Competencia extrañó por parte de **BRINSA**, en su condición de delator, en el esclarecimiento de uno de los aspectos centrales de la delación como es la duración del acuerdo restrictivo de la libre competencia.

Es así que, por esa exclusiva razón, este Despacho reconsidera su decisión de negar la concesión de los beneficios por colaboración a **BRINSA**, repondrá la decisión adoptada en la Resolución Sancionatoria sobre el particular y, en consecuencia, le otorgará la exoneración total (100%) del pago de la multa por la infracción al numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el mercado de cloro y sus derivados.

#### 4.2.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria

Los argumentos presentados por **QUIMPAC** respecto al mercado de cloro y sus derivados en esencia están dirigidos a sostener, a partir de diversas censuras o reproches relacionados con la valoración de ciertas pruebas, la ausencia de continuidad del cartel empresarial y, por esa vía, alegar que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

A efectos de analizar los argumentos presentados por el recurrente, es preciso hacer alusión a la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176<sup>46</sup> de la Ley 1564 de 2012 (en adelante "Código General del Proceso" o "CGP").

En concordancia con lo anterior, abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme, sostiene que todas las pruebas del proceso forman una unidad y, por consiguiente, deben apreciarse en su conjunto, esto es, en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos<sup>47</sup>.

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio, la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Sin perder de vista lo referido previamente, este Despacho debe señalar que los argumentos presentados por el recurrente, según los cuales las declaraciones que en la Resolución Sancionatoria se consideraron como incoherentes deben ser desestimadas en su integridad o que al no otorgarle credibilidad a los testimonios de los delatores por "*contradictorios*", según la jurisprudencia, estos deben desecharse íntegramente, no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

Contrario a lo que convenientemente sostiene el recurrente, la jurisprudencia al referirse sobre aquellos eventos en que un testigo entrega versiones que se consideran contradictorias lejos de considerar que deben ser "*desestimadas*" o "*desecharse*" ha sido clara en indicar que tal situación requiere analizarse con especial cuidado. Al respecto, vale la pena poner de presente lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia sobre este preciso punto:

<sup>46</sup> **Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...) (Subraya y negrilla fuera del texto).

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencia T-274 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"El hecho de que un testigo haya entregado dos versiones diferentes frente a un mismo aspecto, **obliga a analizar el asunto con especial cuidado**, bajo el entendido de que: (i) no puede asumirse a priori que la primera o la última versión merece especial credibilidad bajo el único criterio del factor temporal; (ii) el juez no está obligado a elegir una de las versiones como fundamento de su decisión; es posible que concluya que ninguna de ellas merece credibilidad; (iii) ante la concurrencia de versiones antagónicas, el juez tiene la obligación de motivar suficientemente por qué le otorga mayor credibilidad a una de ellas u opta por negarles poder suasorio a todas; (iv) **ese análisis debe hacerse a la luz de la sana crítica, lo que no se suple con comentarios genéricos y ambiguos sino con la explicación del raciocinio que lleva al juez a tomar la decisión, pues sólo de esa manera la misma puede ser controlada por las partes e intervinientes a través de los recursos**; (v) la parte que ofrece el testimonio tiene la carga de suministrarle al juez la información necesaria para que éste pueda decidir si alguna de las versiones entregadas por el testigo merece credibilidad, sin perjuicio de las potestades que tiene la parte adversa para impugnar la credibilidad del testigo; (vi) **la prueba de corroboración juega un papel determinante cuando se presentan esas situaciones; entre otros aspectos (...)**"<sup>48</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Como puede observarse, si bien es cierto que la jurisprudencia sostiene que ante la concurrencia de versiones antagónicas se podría concluir que "ninguna de ellas merece credibilidad", no es menos cierto que esa decisión debe estar antecedida de un riguroso análisis a la luz de la sana crítica y la valoración en conjunto del material probatorio, en que la prueba de corroboración juegue un papel definitivo, máxime si la versión posterior convenientemente favorece una postura como la caducidad. Además, no puede olvidarse que, según el Consejo de Estado, un criterio objetivo para la valoración de cualquier testimonio es su "concordancia, entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba"<sup>49</sup>.

Aceptar la postulación del recurrente en cuanto a que si existen contradicciones en las versiones entregadas en diferentes declaraciones estas deben ser "desestimadas" o "desecharse" en su integridad, sería tanto como derogar por completo el artículo 176 del Código General del Proceso, según el cual las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En efecto, sostener que el operador jurídico en el ejercicio de su valoración probatoria debe limitarse simplemente a reconocer la eficacia de un medio probatorio en forma indivisible, máxime cuando se trata de una declaración, es tanto como pretender que examinar de forma individual o separada un medio de prueba sería un ejercicio suficiente para establecer la verdad de los hechos.

Por el contrario, se requiere efectuar una confrontación o comparación recíproca entre los distintos medios de prueba, para establecer sus concordancias y divergencias y, así, lograr conclusiones fundadas y claras sobre el conocimiento de los hechos que se pretenden demostrar y, en tal medida, apreciar la validez y credibilidad que transmite determinada prueba.

En razón a lo anterior, un ejercicio riguroso de valoración probatoria no puede conducir simplemente a desechar o desestimar sin ningún reparo la eficacia de una declaración por el solo hecho de que en alguna parte de la versión que rinda el declarante exista alguna inconsistencia y, en ese mismo orden de ideas, tampoco podría otorgarse plena eficacia probatoria a una declaración a sabiendas que alguna parte de la misma es incoherente, no guarda correspondencia o se encuentra plenamente refutada con otros medios de prueba, casos en los que la versión del declarante debe someterse a un tamiz particularmente riguroso.

En esa medida, la razón de otorgar eficacia probatoria a las versiones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI** y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** a que se hizo alusión en la Resolución Sancionatoria y que fueron entregadas en el marco del **PBC**, obedeció a que dichas versiones guardaban total concordancia con las diferentes pruebas –*documentales* y *testimoniales*– que obraban en el Expediente. Para ello, se analizaron con especial cuidado cada una de las versiones entregadas sobre la duración estimada del cartel para determinar a partir de su coherencia o correspondencia con los demás medios de prueba cual merecía credibilidad, por lo que contrario a lo sostenido por el recurrente, sí existió un criterio razonable y objetivo para preferir una de las versiones sobre la otra.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de noviembre de 2006, rad. No. 25738.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de junio de 2013, rad. No. 05001-23-31-000-1997-03186-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre ese aspecto, otros ordenamientos que con antelación han empleado el instrumento de la delación, reconocen que es factible atender las afirmaciones del delator en la medida en que puedan ser consideradas creíbles, característica que se encuentra condicionada a que, entre otros aspectos, sean realizadas por personas que hubieran tenido conocimiento directo de los hechos, cumplan las condiciones para ser confiables y estén corroboradas con pruebas materiales adicionales<sup>50</sup>.

Así las cosas, este Despacho lejos de "elegir con pinzas" las pruebas que le convenían como mal señala el recurrente, en su obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176 del Código General del Proceso, llevó a cabo un riguroso análisis probatorio que permitió encontrar suficientemente acreditado que el acuerdo anticompetitivo entre **BRINSA** y **QUIMPAC** tuvo una continuidad y se ejecutó, en 2013, especialmente durante todo el 2014 y hasta, por lo menos, junio de 2015.

En este punto es importante señalar que no le asiste razón al recurrente al sostener que se cambió constantemente la fecha en que finalizó el presunto cartel y existió una suerte de "variación dubitativa" contraria a las garantías del debido proceso y congruencia de una decisión definitiva.

Al respecto, debe indicarse que las consideraciones que respecto a la duración del cartel empresarial se efectuaron en la Resolución No. 57600 de 2019 fueron completamente congruentes con la imputación fáctica de la Resolución de Apertura de Investigación, es decir, se enmarcaron y coinciden plenamente en que el acuerdo anticompetitivo se ejecutó desde 2002 y durante todo el 2014.

En tal medida, el hecho de que en la Resolución Sancionatoria se considerara que esa ejecución incluso se extendió hasta por lo menos junio de 2015, obedeció solamente a que así lo indicaba el resultado del análisis en conjunto de las diferentes pruebas que obraban en el Expediente, lo que esta Autoridad de Competencia no podía dejar de advertir al momento de determinar cuál había sido el verdadero y real alcance del acuerdo anticompetitivo.

No obstante lo anterior, esta Superintendencia en absoluto respeto del derecho de defensa y contradicción de los investigados y, sobre todo, en completo apego al principio de congruencia, al momento de sancionar la duración o continuidad del cartel empresarial se limitó únicamente al periodo que fue imputado en la Resolución de Apertura de Investigación, esto es, desde 2002 hasta 2014. A continuación se presenta un cuadro comparativo que permite apreciar la absoluta congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación y la Resolución Sancionatoria.

**Tabla No. 2: Cuadro comparativo - Congruencia apertura y sanción**

Resolución de Apertura de Investigación	Resolución Sancionatoria
Resolución No. 6059 de 2019	Resolución No. 57600 de 2019
"La Delegatura recaudó material probatorio suficiente para concluir que aproximadamente <u>desde el año 2002 y al menos hasta finales del año 2014</u> , <b>BRINSA</b> y <b>QUIMPAC</b> habrían coordinado su comportamiento en relación con la comercialización de cloro, ácido clorhídrico e hipoclorito de sodio (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).	"En el mercado de cloro y sus derivados, este Despacho comprobó que <b>QUIMPAC</b> participó de manera protagónica en la estructuración, celebración y ejecución de un acuerdo consistente en la repartición de clientes directos con su único competidor, <b>BRINSA</b> , durante más de <u>doce (12) años -por lo menos desde 2002 y hasta por lo menos diciembre de 2014-</u> " (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como puede observarse, la Resolución Sancionatoria es congruente en sancionar la ejecución del cartel hasta 2014. Lo anterior precisamente en respeto del debido proceso, derecho de defensa y contradicción, y pese a que el resultado del riguroso análisis probatorio es indicativo de que el acuerdo anticompetitivo incluso se extendió hasta por lo menos junio de 2015.

<sup>50</sup> Cfr. KECSMAR, Krisztian y KEIDEL, Andreas. *Shaping the EU leniency programme: the recent approach adopted by EU Courts*. *Journal of European Competition Law & practice*. 2015. Vol. 6. No. 8. pp. 556 a 566. También en: SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and whistleblowers in antitrust*, en *handbook of antitrust economics*, 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tan congruente es la Resolución Sancionatoria respecto del periodo de ejecución del cartel que fue imputado en la Resolución de Apertura de Investigación, que este Despacho al momento de valorar el impacto de la conducta en el mercado precisamente consideró que *"[a]unque se encuentra acreditado que el cartel duró aproximadamente doce (12) años (desde por lo menos 2002 hasta diciembre de 2014), por falta de información disponible en el Expediente, el ejercicio pudo ser realizado solamente para los años 2007 a 2014."*

De lo contrario, de haberse sancionado la ejecución del cartel empresarial hasta junio de 2015, con plena seguridad no solo la estimación del daño causado por el acuerdo anticompetitivo sería aún mayor, sino que igualmente el monto de las multas impuestas sería superior.

En resumen, en el presente caso los derechos y garantías constitucionales y legales del recurrente han sido plenamente garantizados durante todo el trámite administrativo, incluyendo por supuesto, el respeto al derecho de defensa y de contradicción que exige la necesidad de salvaguardar, como es apenas obvio, el principio de congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación y la Resolución Sancionatoria.

Por otra parte, **QUIMPAC** presentó una serie de argumentos que en esencia están dirigidos a alegar un supuesto desconocimiento de su derecho de defensa y contradicción al momento de motivar la decisión. Para tal efecto, sostuvo que se utilizaron declaraciones que no se surtieron durante la etapa de instrucción para fundamentar la tesis sobre la continuidad del cartel y documentos que fueron recopilados durante la etapa preliminar de la investigación y sobre los cuales no se hizo ninguna valoración previa.

En primer lugar, este Despacho debe anotar que las declaraciones rendidas en el marco del **PBC**, aportadas por un delator para demostrar la existencia del acuerdo anticompetitivo y su forma de operación, son medios probatorios que no solo pueden motivar la decisión de apertura de investigación y formulación de cargos, sino además la Resolución Sancionatoria, máxime cuando sobre esas pruebas se ha garantizado el derecho de defensa y contradicción.

En efecto, tanto el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, como el Decreto 1523 de 2015, refieren inequívocamente que el delator suministra *"pruebas"* para demostrar la existencia del acuerdo anticompetitivo y su forma de operación. Así, según lo previsto en el CPACA que regula subsidiariamente el procedimiento administrativo para determinar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, una interpretación armónica del vocablo *"pruebas"* implica que serán admisibles todos los medios de prueba previstos en el CGP, entre otros, declaración de parte, testimonio de terceros, documentos y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento, en este caso de la Autoridad de Competencia.

Bajo ese principio de libertad probatoria, así como el delator puede aportar documentos para dar cuenta de la existencia o forma de operación del cartel que delata, también puede aportar declaraciones de los facilitadores de la conducta ilegal con el mismo propósito. Entonces, dependiendo del momento en que se realice la delación y se aporten esas pruebas, estas incluso podrán servir como fundamento para motivar la apertura de investigación y formulación de cargos, en razón a que constituyen prueba sumaria, es decir, *"aquella que reúne las características de plena prueba que aún no ha sido controvertida"*<sup>51</sup>. Tal y como sucede con las *"pruebas"* que, con fundamento en el numeral 62 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, se practican en la etapa de *"averiguación preliminar"* prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Esto es así debido a que, según el despliegue probatorio, los grados de conocimiento son mayores en los distintos momentos del procedimiento administrativo especial. Entonces, para proferir una apertura de investigación y formulación de cargos, bastará con una inferencia razonable de la presunta comisión de la conducta; en cambio, una recomendación de sanción en el informe motivado seguramente requerirá de una probabilidad de ocurrencia de esa conducta; y sin lugar a dudas, declarar la infracción administrativa dependerá de que exista un convencimiento suficiente.

En ese orden de ideas, las pruebas sumarias (i.e. *declaraciones*) que son aportadas por el delator, o las practicadas en la etapa de *"averiguación preliminar"*, una vez son decretadas en la oportunidad pertinente del procedimiento, y sujetas a la respectiva contradicción por los demás investigados, se convierten en plena prueba susceptible de valoración integral por la Autoridad de Competencia.

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia C-523 de 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por esa razón, una declaración rendida en etapa de *"averiguación preliminar"* o aportada por el delator, siempre es puesta en conocimiento absoluto de los investigados con la finalidad de que todos los aspectos declarados inicialmente puedan ser objeto de contradicción y confrontación en su integridad en la fase de instrucción, sin que las deficiencias o negligencias por parte de los abogados en el ejercicio del derecho de contradicción puedan ser trasladadas válidamente a esta Superintendencia, máxime cuando tal prerrogativa se ha encontrado plenamente garantizada.

De esa manera no es de recibo el argumento del recurrente según el cual los hechos sobre los que no se declaró en la ratificación no se encontrarían debidamente probados. Semejante postulación desconoce las más elementales reglas que están llamadas a gobernar el cauce probatorio en un procedimiento administrativo sancionatorio y únicamente constituyen un infructuoso esfuerzo por tratar de fragmentar los hechos que se encuentran suficientemente probados e incluso corroborados con diferentes medios probatorios, para alegar una inexistente caducidad de la facultad sancionatoria.

De otra parte, **QUIMPAC** sostuvo que existieron documentos que fueron recopilados durante la etapa preliminar sobre los cuales no se había dado ninguna valoración previa. Al respecto, debe señalarse que la inconformidad presentada alegada es improcedente en razón a que el momento en que se realiza la valoración de las diferentes pruebas es precisamente en la Resolución Sancionatoria.

En todo caso, también debe anotarse que la valoración de pruebas que causa inconformidad en el recurrente se relaciona con documentos de diferentes procesos contractuales que fueron adelantados por varios operadores de acueductos (**ACUAVALLE, EMPOPASTO, EMPOCALDAS, EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA**) en el país para el suministro de cloro. Esos documentos fueron decretados y debidamente incorporados a la actuación administrativa como prueba y, sin excepción, siempre han estado al alcance de los investigados o sus apoderados, quienes estuvieron facultados en las oportunidades pertinentes para ejercer su derecho de defensa y contradicción sobre los mismos.

Siendo así las cosas, para este Despacho no puede tener asidero la infundada pretensión del recurrente de tratar de excluir ciertas pruebas y, por esa vía, pretender una valoración fragmentada del material probatorio, tomando solo una o un grupo de pruebas que le resulten convenientes para alegar una inexistente caducidad de la facultad sancionatoria, pero desatendiendo las demás evidencias que obran en el Expediente, las que analizadas en su conjunto, impusieron la conclusión de que el acuerdo anticompetitivo entre **BRINSA** y **QUIMPAC** tuvo una continuidad en 2013, especialmente durante todo el 2014 y que incluso su ejecución se extendió, por lo menos, hasta junio de 2015.

En conclusión, la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio es el resultado de un minucioso análisis de las pruebas obtenidas a lo largo de la investigación y no del estudio independiente y aislado de cada medio de prueba. Un análisis de las pruebas en conjunto es lo que ordena la ley y fue precisamente lo que se hizo en la Resolución Sancionatoria impugnada.

En virtud de lo anterior, los argumentos presentados por **QUIMPAC** y dirigidos a que la Superintendencia de Industria y Comercio valore aisladamente algunas de las pruebas obrantes en el Expediente para alegar la caducidad de la facultad sancionatoria, serán rechazados por este Despacho, en la medida en que, de acuerdo con lo expuesto previamente, esta Superintendencia acató su deber legal de valorar todas las pruebas obrantes de manera conjunta.

Precisamente, en este sentido, en el Expediente reposan múltiples evidencias que dan cuenta de cómo **EMPOPASTO, EMPOCALDAS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA** y **ACUAVALLE** estuvieron asignados a **QUIMPAC** con fundamento en la dinámica anticompetitiva que se advirtió en la Resolución Sancionatoria.

Las pruebas analizadas por este Despacho –*documentales y declaraciones de quienes precisamente desempeñaron un rol protagónico en la ejecución de la dinámica anticompetitiva*– fueron suficientemente indicativas de que el reparto de mercado permaneció vigente, y se encontraba en plena ejecución durante todo el 2014, debido a que los referidos acueductos fueron adjudicados artificialmente a **QUIMPAC** para esa época como consecuencia del acuerdo anticompetitivo y la distribución de cloro la mantuvo incluso hasta junio de 2015.

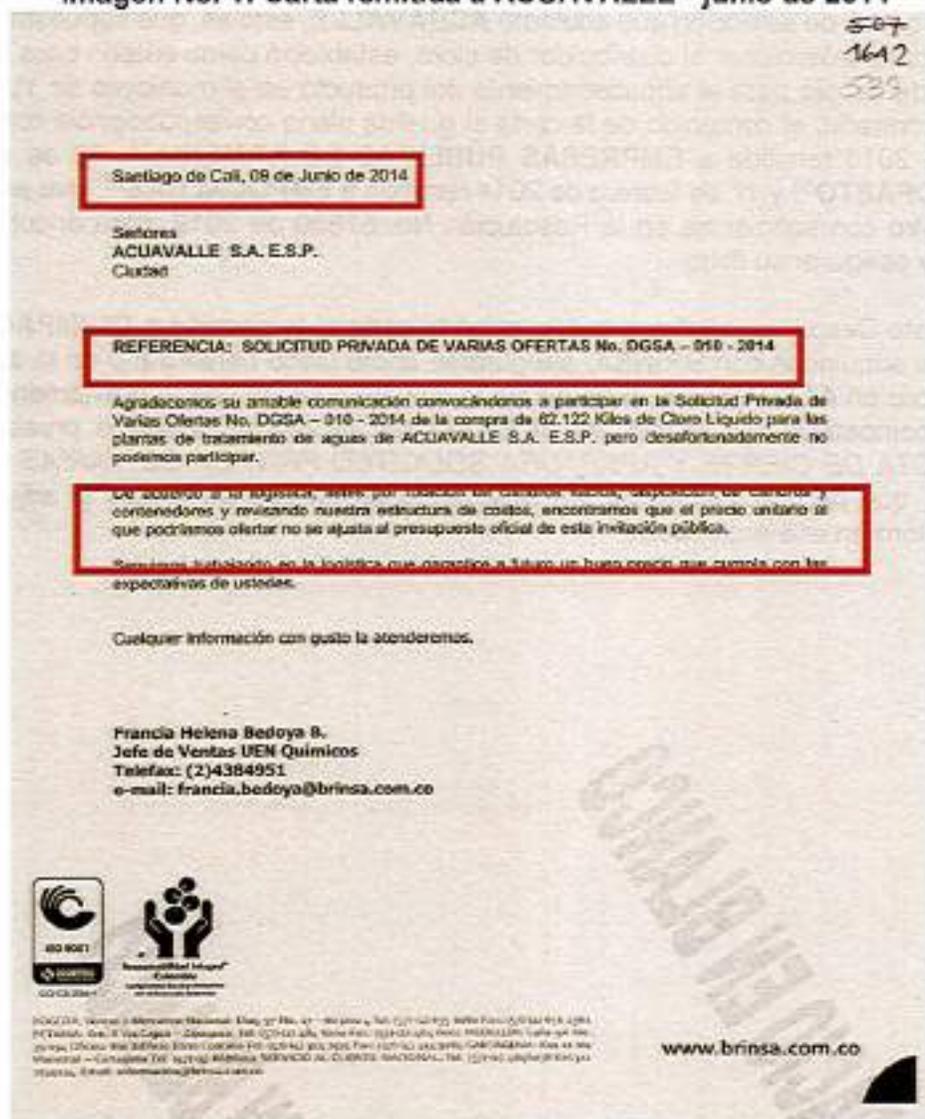
“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

A modo de ejemplo, en la Resolución No. 57600 de 2019 la evidencia relacionada con el suministro de cloro a **ACUAVALLE** es lo suficientemente demostrativa para encontrar probada la continuidad y persistencia del acuerdo anticompetitivo hasta diciembre de 2014.

En efecto, al igual que en los casos relacionados con **EMPOPASTO**, **EMPOCALDAS**, la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA**, la estrategia ilegal se perpetuó para el suministro de cloro al acueducto **ACUAVALLE** que se adjudicó a **QUIMPAC** en virtud del cartel en junio de 2014.

En esta oportunidad, **BRINSA** remitió el 9 de junio de 2014 a **ACUAVALLE** la carta<sup>52</sup> que se presenta a continuación, la cual, como se demostró con suficiencia en la Resolución Sancionatoria, era el mecanismo que regularmente había sido establecido por los cartelistas para asegurarse de que la empresa que tenía asignado el cliente, en este caso **ACUAVALLE**, lograra la adjudicación sin competencia:

Imagen No. 1: Carta remitida a ACUAVALLE - junio de 2014



Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>53</sup>. (Recuadros rojos no originales).

Tal y como se analizó en la Resolución No. 57600 de 2019, ese documento tenía el contenido que **BRINSA** empleaba para efectos de abstenerse de participar en un proceso de selección convocado por un operador de acueducto que, de conformidad con el acuerdo anticompetitivo, debía atender **QUIMPAC**. En tal medida, estos elementos probatorios evidencian que, para el 15 de junio de 2014, y por el término de duración del contrato, el reparto de mercado permanecía vigente y se encontraba en plena ejecución.

<sup>52</sup> Folio 1642 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

<sup>53</sup> Folio 1642 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este punto es importante señalar que el argumento presentado por el recurrente respecto a que con la declaración de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) se encuentra demostrado que en el caso de **ACUAVALLE** la carta sí correspondía a su contenido o que, por lo menos, **BRINSA** no podía presentarse, no tienen ningún mérito de prosperidad.

Tal y como se analizó en la Resolución Sancionatoria, la comunicación de **ACUAVALLE** del 9 de junio de 2014 no obedeció a que **BRINSA** tenía desactualizado el **RUP**, como pretendía hacer creer **QUIMPAC**. Por un lado, semejante argumento es completamente inverosímil en relación con el contenido mismo de la carta y, por otro, puede corroborarse fácilmente en el Registro Único Empresarial (RUES) de que trata el artículo 11 de la Ley 590 de 2000, que para esa época el **RUP** de **BRINSA** se encontraba vigente.

Igualmente, el contenido de la carta presentada previamente tampoco guarda ningún tipo de coherencia con otra de las circunstancias que, según **QUIMPAC**, explicaría la no participación de **BRINSA** en el proceso de selección que adelantó **ACUAVALLE**, esto es, que supuestamente el pliego de condiciones para seleccionar al distribuidor de cloro, estableció como criterio para la participación tener un centro de acopio para el almacenamiento del producto en el municipio de Yumbo (Valle del Cauca). Por el contrario, el contenido de la carta sí guarda plena correspondencia con las cartas del 24 de enero de 2013 remitida a **EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA**<sup>54</sup>, 30 de enero de 2013 remitida a **EMPOPASTO**<sup>55</sup> y 17 de febrero de 2014 remitida a **EMPOCALDAS**<sup>56</sup>, que eran empleadas, como se demostró con suficiencia en la Resolución No. 57600 de 2019, para encubrir la dinámica anticompetitiva y asegurar su éxito.

Así las cosas, este Despacho confirma que la referida carta sí le permitió a **QUIMPAC**, con base en los compromisos adquiridos con **BRINSA**, asegurarse como único beneficiario en la adjudicación del suministro de cloro en **ACUAVALLE**, a través de lo cual se cumplía con lo previamente acordado en el acuerdo anticompetitivo. En efecto, en el Expediente reposa la siguiente prueba documental, denominada "ACTA DE CIERRE Y APERTURA SOLICITUD PRIVADA DE VARIAS OFERTAS No. DGS-020-2014", que permite evidenciar las circunstancias en que se realizó la adjudicación de la distribución de cloro en ese acueducto.

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

<sup>54</sup> Folio 1641 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

<sup>55</sup> Folio 1640 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

<sup>56</sup> Folio 1616 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No. 2: "ACTA DE CIERRE Y APERTURA SOLICITUD PRIVADA DE VARIAS OFERTAS No. DGS-020-2014"**



Sociedad de Acueductos y Abastecedores del Valle del Cauca  
ACUAVALLE S.A. E.S.P.

**ACTA DE CIERRE Y APERTURA SOLICITUD PRIVADA DE VARIAS OFERTAS No. DGS-020-2014**

En Santiago de Cali, a los diez (10) días del mes de junio de 2014, siendo las 10:30 a.m., se procedió al cierre de la Solicitud Privada de Varias Ofertas No. DGS-020-2014, y a la apertura de las propuestas de los oferentes participantes, cuyo objeto es el **QUIMESTRO DE CLORO LIQUIDO PARA LAS PLANTAS DE TRATAMIENTO DE ACUAVALLE S.A. E.S.P.**, y se encontró los valores totales que se detallan a continuación.

PRESUPUESTO OFICIAL: \$302.466.612

QUIMPAC DE COLOMBIA SA		
DESCRIPCION	SUBTOTAL	VALOR TOTAL PROPUESTA (Incluye IVA)
CLORO LIQUIDO	\$ 302.720.034	302.442.199
<b>VALOR TOTAL</b>		<b>\$ 302.442.199</b>

**OBSERVACION:**

1. Se cursó invitación a las siguientes firmas: QUIMPAC DE COLOMBIA SA, BRINSA SA, PRODUCTOS QUIMICOS MARMONCANDOS S.A., de las cuales, presentó propuesta la firma QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.

Fecha y Hora de Recepción	10 de Junio 2014, 8:31 a.m.
CARTA DE PRESENTACION	SE PRESENTA
POLIZA Y CL. ASICURADORA	COMPAÑIA SA 33-43078091
VALOR ASICURACION	33.094.219.00
VALANCIA POLIZA	17/06/2014 al 30/06/2014
IDENTIFICACION	ACUAVALLE S.A. E.S.P.
RECIBO DE CANCELADO POLIZA	SE PRESENTA
COPIA Y COPIA DE LA PRESUPUESTA	SE PRESENTA
COPIA	SE PRESENTA
No. POLIZA	EN POLIZAS

En consecuencia de lo anterior, se firmó y selló a las 11:00 a.m. del día diez (10) de Junio de 2014.

JORGE ALEJANDRO VELAZQUEZ RAMOS  
Jefe Depto. Gestión de Servicios Administrativos

JHON EDISON CHAVEZ PAZ  
Subgerente Administrativo y Financiero

*Victoria Eugenia Murelle Polo*  
VICTORIA EUGENIA MURELLE POLO  
Directora Jurídica

*Maria Respa Carrasquilla Hurtado*  
MARIA RESPA CARRASQUILLA HURTADO  
Directora Control Interno

Emisor: David Jairo Fandi  
Incl. Copias: Solicitante y Jefe

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>67</sup>. (Recuadros rojos no originales).

Como puede apreciarse, la anterior evidencia confirma que, en cumplimiento del acuerdo restrictivo de la competencia, el 10 de junio de 2014 la única propuesta recibida en **ACUAVALLE** fue la presentada por **QUIMPAC**, con lo que el cartelista obtuvo la adjudicación del contrato aprovechando como regularmente ocurría la ausencia de presión competitiva por parte de su principal competidor en el mercado.

A partir de lo anterior, el acuerdo ilegal entre **BRINSA** y **QUIMPAC** para repartirse sus clientes directos, tal y como ocurrió con **EMPOPASTO**, **EMPOCALDAS**, la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA**, en el caso de **ACUAVALLE** se encuentra determinado por el plazo de ejecución de los contratos que fueron adjudicados como consecuencia del pacto ilegal. Sobre el particular, existen diferentes elementos de prueba en el Expediente que permiten evidenciar hasta qué momento se extendió la conducta anticompetitiva.

<sup>67</sup> Folio 1966 del cuaderno público cloro-soda No. 8 del Expediente.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Imagen No. 3: "SOLICITUD PRIVADA DE VARIAS OFERTAS No. DGS-020-2014"



SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS  
DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P.  
ACUAVALLE S.A. E.S.P.

- 3) Garantizar la calidad de los insumos suministrados, por el término de cuatro (4) meses, contados a partir de la entrega de los mismos.
- 4) Todas las demás que se deriven de la naturaleza del contrato.

1.4. PRESUPUESTO OFICIAL

El presupuesto oficial para la presente Solicitud Privada de Varias Ofertas, se fija en la suma de TRESCIENTOS DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$302.456.612,00) MCTE, incluido el valor del IVA, según Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 21634 del 12 de Mayo de 2014.

El oferente deberá informar si los precios del suministro incluyen el impuesto de IVA y desgargarlo, de lo contrario se entenderá incluido.

1.5. FORMA DE PAGO

ACUAVALLE S.A. E.S.P., pagará el valor del contrato que llegare a suscribirse con el oferente favorecido de la siguiente forma: Se efectuará los pagos por los suministros efectuados mediante entregas parciales a más tardar dentro de los treinta (30) días calendario, transcurridos con posterioridad a la fecha de presentación de la respectiva factura. Las facturas deben ser presentadas con sus respectivos soportes de entrega.

La supervisión del contrato se abstendrá de equalizar los pagos correspondientes a aquellos suministros que no cumplan con las especificaciones técnicas ofertadas.

1.6. SITIO DE ENTREGA

El oferente debe presentar su propuesta para sitio de entrega así:

Existen opciones de los insumos objeto del presente proceso, para lo cual deberá contar con una bodega debidamente acondicionada, ubicada en el Departamento del Valle del Cauca (entre los Municipios de: Yumbo, Palmira, Buga), durante la vigencia del contrato, donde ACUAVALLE S.A. E.S.P., recogerá el producto en la presentación requerida, con base a una programación que será puesta a disposición del proveedor a más tardar con ocho (8) días calendario de antelación.

1.7. PLAZO DE EJECUCIÓN

El plazo para la ejecución de los suministros objeto de la presente Solicitud Privada de Varias Ofertas, será hasta el 31 de Diciembre de 2014, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>58</sup>, (Recuadro rojo no original).

La prueba documental expuesta y que obra en el Expediente acredita las especificaciones del proceso de contratación adelantado por ACUAVALLE, entre otras, el plazo de duración del contrato que sería hasta el **31 de diciembre de 2014**<sup>59</sup>. Entonces resulta apenas obvio que el referido término, así como con EMPOPASTO, EMPOCALDAS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA, refleja el momento hasta el cual se extendió en el tiempo la repartición del mercado con la asignación de ese cliente, es decir, durante todo el plazo de ejecución del contrato a través del cual QUIMPAC mantuvo la distribución de cloro en un acueducto que le fue adjudicado en virtud del acuerdo anticompetitivo celebrado con BRINSA. En otras palabras, no queda duda que para el **31 de diciembre de 2014** este particular cliente (ACUAVALLE) se encontraba asignado y repartido a QUIMPAC en virtud del cartel investigado.

Además, lo anterior se encuentra plenamente corroborado a partir de una valoración en conjunto con la declaración de FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de BRINSA, 2002-2014), quien dentro de la distribución de tareas para la ejecución del acuerdo restrictivo de la competencia estaba a cargo de implementar la dinámica ilegal en la zona suroccidental del país, la cual estaba asignada a QUIMPAC. A través de esta prueba se encuentra suficientemente demostrado que el acuerdo anticompetitivo para la repartición de clientes

<sup>58</sup> Folio 1966 del cuaderno público cloro-soda No. 8 del Expediente.

<sup>59</sup> CONTRATO DE SUMINISTRO No. 087 de 2014 con el objeto de "SUMINISTRO DE CLORO LIQUÍDO, PARA PLANTAS DE TRATAMIENTO DE ACUAVALLE S.A. E.S.P." y con una duración "HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2014". Ver Folio 1966 del cuaderno público cloro-soda No. 8 del Expediente y "Contratos de suministros 087 de 2014 Quimpac de Colombia S.A.", disponible en: <https://www.acuavalle.gov.co/component/phocadownload/category/46-contratos-de-suministros>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

entre **BRINSA** y **QUIMPAC** se mantenía vigente y se encontraba en plena ejecución para el momento de su desvinculación de **BRINSA**, hecho que tuvo lugar en **junio de 2014**. Al respecto indicó:

**"DELEGATURA:** ¿Usted tiene conocimiento desde cuándo se presentaba la conducta o la dinámica que nos ha referido en esta diligencia?

**FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA:** Yo entré a la compañía en el 2002 y me retiré en **junio de 2014**. Digamos que del 2002 al 2013 fue así como le acabo de describir. En el 2013 con la llegada de Juan Camilo ya hubo otras directrices, ya había negocios que ganábamos, **pero todavía se perdía los acueductos hasta que yo me retiré**.

**DELEGATURA:** ¿Usted cuándo se retira FRANCIA?

**FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA:** Yo me retiré el 15 de junio del 2014<sup>80</sup>.

Como puede apreciarse, la anterior declaración goza de una especial connotación respecto a los hechos relacionados con la ejecución del acuerdo anticompetitivo, puesto que precisamente **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) desempeñaba un rol protagónico en la ejecución de la dinámica anticompetitiva hasta su retiro de la compañía.

Así, el hecho de que **BRINSA**, para el **15 de junio de 2014**, aún "**perdía los acueductos**", solo se explica por la ejecución y continuidad del acuerdo anticompetitivo en esa época. No puede olvidarse que concretamente **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien conoció directamente el marco logístico, operativo, financiero y productivo de **BRINSA**, afirmó categóricamente que "[t]odas esas licitaciones, doctor, si nosotros las quisiéramos ganar, las podíamos haber ganado (...)"<sup>81</sup>.

La declaración de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** es coherente y está corroborada con el proceso de contratación para el suministro de cloro a **ACUAVALLE** que se describió líneas atrás, en el que la propia **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** fue quien el 9 de junio de 2014 remitió a **ACUAVALLE** la carta mediante la cual **BRINSA** declinaba su participación y se aseguraba la adjudicación a **QUIMPAC**<sup>82</sup>.

A partir de lo expuesto, este Despacho rechaza el argumento del recurrente según cual se realizó una interpretación incoherente e indebida para extender la temporalidad de la conducta anticompetitiva a causa de una suerte de los efectos del acuerdo por la ejecución de los contratos adjudicados a **QUIMPAC**. La interpretación realizada, a partir de las evidencias presentas, lejos de ser incoherente o indebida es muestra irrefutable que por el término de duración del contrato que fue adjudicado de forma artificial al cartelista, el reparto de mercado permaneció vigente y en plena ejecución.

En este punto es importante señalar que **QUIMPAC** alegó que existió una indebida interpretación de la regla de caducidad prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 debido a que se identificaron indebidamente los "efectos" del supuesto acuerdo anticompetitivo con el fin de computar el término de caducidad. Así, indicó que lo pretendido por los cartelistas fue la distribución de los clientes y no la vigencia del contrato, por lo que el "efecto" del acuerdo se agotaba al momento en que el contrato era adjudicado a una u otra empresa.

El argumento del recurrente resulta absolutamente improcedente debido a que se fundamenta en el análisis que sobre la caducidad de la facultad sancionatoria realizó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 según el cual se proscriben los acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. Por el contrario, el presente caso se trata de la infracción del numeral 3 *ibidem* que prohíbe **los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados** entre productores o entre distribuidores.

<sup>80</sup> Folio 4285 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Ratificación de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**. Archivo: "0-2019-06-18-14-15-09-060". Minuto 27:00.

<sup>81</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente. Declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**. Archivo denominado: "0-2017-10-18 10-58-19-013". Ruta de acceso: "17-183350-181017". Minuto 56:57.

<sup>82</sup> Folio 1642 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, este Despacho debe advertir que el recurrente convenientemente confunde dos infracciones administrativas para limitar temporalmente la ejecución del cartel empresarial y, por esa vía, alegar una caducidad de la facultad sancionatoria inexistente. En efecto, el contenido prohibitivo del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 censura, entre otros, los acuerdos que tienen como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos.

Por su parte, el numeral 3 *ibidem* en un escenario diferente reprocha aquellos acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados, norma con alcance distinto y, sobre todo, sin que sea una condición la existencia de una distribución de adjudicaciones de contratos para su configuración.

Como si lo anterior fuera poco, la continuidad del cartel empresarial durante todo el 2014 no solo se encuentra demostrada en la Resolución Sancionatoria por las evidencias presentadas previamente que dan cuenta del tiempo durante el cual **QUIMPAC** mantuvo la distribución de cloro en los acueductos que le fueron adjudicados en virtud del acuerdo anticompetitivo celebrado con **BRINSA**, sino que además existe otro caso lo suficientemente demostrativo de que el cartel continuaba en plena vigencia para la época. Se trata de un incidente en el que **BRINSA** se habría apartado del acuerdo anticompetitivo y en unión temporal con uno de sus distribuidores, sorprendió a **QUIMPAC** con una oferta competitiva para quedarse con uno de los clientes que tenía asignados.

En efecto, los hechos relacionados con el incumplimiento o desviación al acuerdo anticompetitivo por parte de **BRINSA** tuvieron ocurrencia en el "PROCESO DE CONTRATACIÓN No. 300-GAA-CA-018-2014 COMPETENCIA ABIERTA CON USO DE OPCIÓN" adelantado por **EMCALI**, el cual tenía por objeto el "Suministro de Insumos Químicos para la Potabilización del Agua y Tratamiento de Agua Residual".

Al respecto, **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA**, 2013-2016) se refirió al suceso en los siguientes términos. Nótese que es claro en afirmar que para esa época el acuerdo se encontraba vigente, tanto así que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI**, quien lideraba el cartel por parte de **BRINSA**, le advirtió que "respetamos geografías":

**"JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO:** *Ese acueducto en Cali es asignado en diciembre de 2014 pero esto tiene pues previo un montón de procesos, se abre la licitación, usted arma la unión temporal, presenta los documentos, se evalúa y es asignado en diciembre, pero esto tiene mínimo dos, tres meses de antelación, de preparación de los documentos. Nosotros, y al menos por mi parte, definimos ir en unión temporal y eso abre un comentario, un comentario por parte de JUAN CAMILO que me dice "JUAN CARLOS vea, nosotros aquí, aquí hay un tema de que es que nosotros respetamos geografías", yo le dije, "¿cómo así que respetamos geografías?" "Sí, aquí, nosotros por costos, por el manejo del, pues, nosotros casi no somos muy activos licitando en zonas donde QUIMPAC pues tiene una ventaja natural. Con seguridad los fletes le salen más baratos (...)"*<sup>63</sup>

Por su parte, y en consonancia con lo anterior, la declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) corroboró expresamente las circunstancias que rodearon el incumplimiento o la desviación del acuerdo anticompetitivo por parte de **BRINSA**, dejando claro que el acuerdo se encontraba vigente para la época del suceso referido, toda vez que **QUIMPAC** bajo ninguna circunstancia esperaba una oferta competitiva de su co-cartelista por más de doce (12) años, por lo que asumieron que todo el episodio era "**parte del show**", refiriéndose a la dinámica habitual de simular competencia con ofertas destinadas a perder.

**"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI:** (...) **QUIMPAC**, no hubo ninguna conversación con ellos. Ellos no se imaginaron, yo creo que jamás que yo iba a hacer eso, y ellos se fueron al tope de la licitación y yo me bajé del tope como un 25%, bien abajo del tope en cloro.

(...)

*Entonces sale, eso nosotros lo hacemos y participamos en la licitación, ellos yo creo que cuando vieron la unión temporal, pues los otros, habrían pensado eso es parte del show, eso no pasa nada, porque nunca llamaron, ninguna llamada. Entonces eso empezó el 14 de octubre, las propuestas fueron entregadas el 10 de noviembre del 2014, muestran, aquí está el acta de adjudicación del contrato, muestran a quiénes le adjudicaron cada producto.*

<sup>63</sup> Folio 1599 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Declaración de **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**. Carpeta 17-183350-180618, archivo "0 - 2018-06-18 08-46-24-088", Min: 1:11:04.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...) a la UT le dieron el cloro y el cloro era un contrato bien grande, porque ese acueducto es tal vez el más grande del país, consume 160 toneladas de cloro al mes.

(...)

Entonces acá pasa algo. La reacción de ellos era de esperarse. Esta gente me llamó y me llamó y me llamó. Y yo les contesté el teléfono. Me llamó al celular y yo le contesté el teléfono. Entonces, varias veces no pero después accedí a contestarles. Entonces me dijeron que, otra vez la amenaza, que estaban, que cómo yo había hecho eso, que eso era lo peor que yo había hecho, que eso sí había sido pues, que esa era la casa de ellos, que era metérmele a la casa y que eso sí era imperdonable lo que se había hecho. (...)”<sup>64</sup>.

Por su parte, la declaración de **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), también da cuenta del incidente de desviación referido, señalando expresamente que para **diciembre de 2014** los acuerdos en cloro aún persistían:

**"GUILLIANA QUEVEDO CRUZ:** En diciembre del 2014, como yo era la encargada de aguas, por instrucción de **JUAN CAMILO ARANGO**, decido la compañía, **BRINSA**, presentarse en unión temporal con la compañía **PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS** en la licitación de cloro para **EMCALI**, el acueducto de Cali. Ese acueducto era en su momento o es en este momento uno de los acueductos más grandes del país. Calculando así, a vuelo de pájaro es tan grande como Bogotá, o sea, a pesar de que Cali es una ciudad más pequeña, la calidad del agua es mucho menor que la de Bogotá, entonces el consumo de cloro es mucho más grande. O sea que es un acueducto muy atractivo para el productor de cloro, o sea como es **BRINSA**. Entonces por instrucción de él decidimos presentarnos en unión temporal a esa licitación. Y, para mí la presentación en diciembre del 2014 de la oferta en EMCALI da fin a los acuerdos que podían existir aún en cloro, con los acueductos.

**DELEGATURA:** ¿Por qué con esto se da fin al acuerdo que tenían con los acueductos con **QUIMPAC**?

**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ:** Porque pues, nos metimos a la casa de QUIMPAC, les quitamos el acueducto más grande que ellos manejaban, entonces entramos en guerra directa, o sea ya no había respeto de precios ni respeto de clientes, sino que **BRINSA** ya había decidido en cabeza de **JUAN CAMILO ARANGO** presentarnos donde nos invitaran. Y así lo estamos haciendo, desde diciembre de 2014.”<sup>65</sup>

En el mismo sentido, **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), manifestó en su declaración que el acuerdo había durado hasta diciembre de 2014, cuando **BRINSA** había decidido atacar "un acueducto que toda la vida había sido de" **QUIMPAC**:

**"GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO:** (...) fue una decisión difícil de tomar, pero fue una decisión que se tomó y se llevó a cabo y al final del proceso en diciembre del 2014, BRINSA se gana la licitación de cloro de EMCALI, y es allí, en ese entonces, cuando empieza a haber ruptura total de las conversaciones que se llevaban a cabo con QUIMPAC, porque QUIMPAC al ver que nosotros nos estábamos metiendo en un acueducto que toda la vida había sido de ellos pues digamos que no le gusta, y ahí pues ya **JUAN CAMILO** estaba completamente decidido a acabar con las conversaciones y acuerdos con **QUIMPAC**, eso fue en diciembre del 2014, y para mí eso fue, digamos lo que bloqueó, absolutamente todas las conversaciones con la competencia, en este caso con QUIMPAC. (...)”<sup>66</sup>

Como puede apreciarse, la persistencia del acuerdo en diciembre de 2014 fue un aspecto coincidente en las declaraciones inicialmente rendidas en el PBC por **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA**, 2013-2016), **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), tal y como se evidenció líneas atrás.

<sup>64</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente. Declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI**. Archivo: "1 – 2017-10-18 14-33-26-078". Min: 47:33.

<sup>65</sup> Folio 1594 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Declaración de **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**. Carpeta 17183350-021117, Archivo "0 – 2017-11-02 14-30-21-022". Min: 51:20.

<sup>66</sup> Folio 1595 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Declaración de **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**. Carpeta 17183350-021117p2, archivo "0 – 2017-11-02 16-00-51-112". Min: 37.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, para este Despacho la evidencia presentada, valorada en conjunto con todos los elementos de prueba, constituye un claro reflejo o muestra de un incumplimiento o desviación de **BRINSA** al pacto anticompetitivo, con el cual decidió incursionar o atacar el acueducto que siempre había sido de **QUIMPAC**, circunstancia que ratifica en forma contundente e incontrovertible no solo la existencia, sino también la continuidad o persistencia del acuerdo anticompetitivo para esa época.

Precisamente, esta Superintendencia en ocasiones anteriores<sup>67</sup> ha considerado que los incumplimientos o desvíos ocasionales, lejos de demostrar la ausencia del acuerdo anticompetitivo, constituyen prueba de la continuidad del cartel empresarial.

*"Respecto del anterior correo, toda vez que constituye un reclamo por incumplimiento de los acuerdos de precios propios del cartel empresarial, aspecto que los investigados pretenden hacer ver como una prueba de su ausencia, es pertinente señalar que para este Despacho, al igual que lo consideró la Delegatura, **resulta inadmisibile desde todo punto de vista que se pretenda demostrar la ausencia del acuerdo anticompetitivo con las pruebas que dan cuenta de los reclamos que se hacían los miembros del cartel empresarial por desvíos ocasionales del acuerdo ilegal. Contrario sensu, dichos reclamos constituyen pruebas de la continuidad del cartel**, máxime si se tiene en cuenta que se repiten esporádicamente durante los más de once (11) años en los que perduró el mismo, demostrando que no obstante resultaba difícil mantener los acuerdos dadas las complejidades y la dinámica del mercado, siempre existió la voluntad de enmendar y corregir los desvíos a lo pactado. Esto es apenas normal en la dinámica de un cartel empresarial de precios con un periodo de ejecución tan largo."* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así bien, en el referido proceso de contratación puede apreciarse que **BRINSA** presentó carta de presentación de propuesta.

#### Imagen No. 4: "CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA" – BRINSA

378  
0-0-1

ANEXO 1  
CARTA DE PRESENTACION DE LA PROPUESTA

Medellín, 10 de Noviembre 2014

Señor  
Representante legal  
ENCAU EICE ESP  
Santiago de Cali

Asunto: PROCESO DE CONTRATACIÓN Nº 300-GAA-CA-018-2014 COMPETENCIA ABIERTA CON USO DE OPCIÓN

Señor representante legal:

Una vez analizados los términos de referencia del presente proceso de contratación (Condiciones Generales y Específicas de la Contratación CGC y CEC), con todos sus anexos, especificaciones y en general todos los documentos del proceso, los cuales aceptamos en su totalidad, presentamos la propuesta al proceso de contratación del asunto, cuyo objeto es: SUMINISTRO DE INSUMOS QUIMICOS PARA POTABILIZACION DE AGUA Y TRATAMIENTO DE AGUA RESIDUAL, los productos que se ofrecen: Carbón Activado Sin Dispersión, Sulfato de Aluminio líquido tipo B, Hidróxido de Sodio, Hidróxido de Sodio, Polímero Catiónico, Hipoclorito de Calcio, Cloruro Férrico en presentación líquida (42%), Polímero Catiónico para Deshidratación de Lodos, Polímero Aniónico Ayudante de Floculación e Hidróxido de Sodio PTAR.

De resultar seleccionada nuestra propuesta, me comprometo a suscribir y a ejecutar el contrato, en el valor y plazo señalado en ella, bajo los términos y condiciones establecidas en el manual de contratación de ENCAU- Y las normas que lo sustituyen, las condiciones generales de contratación – CGC- Las Condiciones Específicas de Contratación – CEC- y, en general, en los términos de referencia. Es por eso que se manifiesta expresamente que se conoce y acepta su contenido, así como las normas que le modifiquen, adiciones y sustituyan.

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>68</sup>. (Recuadro rojo no original).

<sup>67</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

<sup>68</sup> Folio 2594 del cuaderno público cloro-soda No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, el **10 de noviembre de 2014**, a través de la carta de presentación de la propuesta con que **BRINSA** pretendía suministrar cloro líquido a un acueducto que "toda la vida" había sido de **QUIMPAC**, se puso en marcha lo que para este Despacho representa un desvío o incumplimiento del acuerdo anticompetitivo que hasta ese momento se encontraba vigente y en plena ejecución, lo que es apenas normal en la dinámica de un cartel empresarial con un periodo de ejecución tan extenso.

Como consecuencia del anterior desvío o incumplimiento, **BRINSA** logró la adjudicación para la distribución de cloro en el "PROCESO DE CONTRATACIÓN No. 300-GAA-CA-018-2014 COMPETENCIA ABIERTA CON USO DE OPCIÓN" adelantado por **EMCALI**.

**Imagen No. 5: "ACTA DE ADJUDICACIÓN CONTRATO" - BRINSA**

24

	ACTA DE ADJUDICACIÓN CONTRATO	
	CODIGO: 326P011007F015	VERSION: 1.0

GERENCIA GENERAL

COMPETENCIA ABIERTA CON USO DE OPCIÓN  
No. 300-GAA-CA-018-2014

El Gerente General de las Empresas Municipales de Cali, EMCALI EICE ESP, de acuerdo con lo previsto en las CGC y CEC del proceso de contratación No 300-GAA-CA-018-2014, procede a adjudicar la COMPETENCIA ABIERTA CON USO DE OPCIÓN No. 300-GAA-CA-018-2014, cuyo objeto es INSUMOS QUÍMICOS PARA POTABILIZACIÓN DE AGUA Y TRATAMIENTO DE AGUA RESIDUAL.

La Gerencia de la Unidad Estratégica de Negocio de Acueducto y Alcantarillado, inició el día 14 de octubre de 2014 la COMPETENCIA ABIERTA CON USO DE OPCIÓN No. 300-GAA-CA-018-2014, a través de la publicación del proceso en la página Web de EMCALI.

En la fecha de recibo de propuestas fijada para el día 10 de noviembre de 2014, se recibieron las propuestas de las siguientes firmas:

No.	PROPONENTE
1	BIOSA COLOMBIA S.A
2	CALES DE COLOMBIA S.A
3	EXRO SAS
4	IBEX BIONOMICS COLOMBIA SAS
5	MORA JARAMILLO ARTURO ORLANDO
6	MAP COMPANY SAS
7	PROAÑO INGENIERIA SAS
8	PROCESADORA DE CALES PROCECAL SAS
9	QUIMPAC DE COLOMBIA S.A
10	SULFOQUIMICA S.A
11	TRATAMIENTOS QUIMICOS INDUSTRIALES SAS
12	UNION TEMPORAL BRINSA PQP

De acuerdo con el informe de Evaluación de documentos habilitantes (Sobre No 1), publicado en la página Web de EMCALI el día 3 de diciembre de 2014 e Informe de Evaluación de documentos calificables (Sobre No. 2) publicado en la página Web el día 12 de diciembre de 2014, los cuales hacen parte integral de la presente Acta de Adjudicación, y una vez agotada la etapa que permitió a los oferentes realizar observaciones al informe, se procede a la selección de los Proponente por satisfacer los requisitos exigidos en las CGC y CEC de la Competencia Abierta con Uso de Opción No. 300-GAA-CA-018-2014, así: 

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	ACTA DE ADJUDICACIÓN CONTRATO	
	CODIGO: 326P01007F015	VERSION: 1.0

## 1.- SULFOQUIMICA

PRODUCTO	PROPONENTE
CARBÓN ACTIVADO SIN DISPERSIÓN	SULFOQUIMICA
Cantidad	303.932
Valor Total con IVA	\$ 1.156.267.420

## 2.- QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.

PRODUCTO	PROPONENTE
CLORURO FÉRICO PARA PTAP	QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.
Cantidad	2.134.527
Valor Total con IVA	\$ 1.237.530.450

PRODUCTO	PROPONENTE
CLORURO FÉRICO PARA PTAP	QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.
Cantidad	2.204.562
Valor Total con IVA	\$ 2.043.167.681

PRODUCTO	PROPONENTE
HIDROXICLORURO DE ALUMINIO	QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.
Cantidad	1.252.502
Valor Total con IVA	\$ 1.314.876.600

## 3.- UNIÓN TEMPORAL BRINSA POP

PRODUCTO	PROPONENTE
CLORO LÍQUIDO	UNIÓN TEMPORAL BRINSA POP
Cantidad	1.020.118
Valor Total con IVA	\$ 2.716.784.140

PRODUCTO	PROPONENTE
HIDROXIDO DE SODIO PARA PTAP	UNIÓN TEMPORAL BRINSA POP
Cantidad	137.422
Valor Total con IVA	\$ 171.654.053

	ACTA DE ADJUDICACIÓN CONTRATO	
	CODIGO: 326P01007F015	VERSION: 1.0

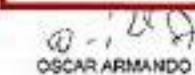
PRODUCTO	PROPONENTE
PRODUCTO CONTROL DE CLORES	TRATAMIENTOS QUÍMICOS INDUSTRIALES S.A.S.
Cantidad	5.795
Valor Total con IVA	\$ 61.213.200

PRODUCTO	PROPONENTE
PRODUCTO MITIGADOR DE CLORES	TRATAMIENTOS QUÍMICOS INDUSTRIALES S.A.S.
Cantidad	5.853
Valor Total con IVA	\$ 40.806.480

Los proponentes adjudicatarios relacionados anteriormente deberán ejecutar el contrato en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio o hasta agotar existencia de producto.

En constancia se suscribe en la fecha que aparece al pie de la firma.

19 JUL 20

  
OSCAR ARMANDO PARDO ARAGÓN  
Gerente General

Proyecto: Juan Carlos Hernández - Profesional Operativo II - Líder Categoría  
Revisa: Nancy López - Jefe Administrativo SURA  
Revisa: Yenny Escobar - Contadora Dirección Jurídica / Diana Mejía - Coordinadora Contabilidad  
Aprueba: Carolina Suárez - Directora Jurídica

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>69</sup>. (Recuadro rojo no original).

<sup>69</sup> Folio 2594 del cuaderno público cloro-soda No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Con fundamento en las pruebas expuestas se puede verificar que el desvío o incumplimiento del acuerdo anticompetitivo se concretó a finales de diciembre de 2014, esto es, entre el **19 de diciembre de 2014**, cuando EMCALI le adjudicó a BRINSA el suministro de "cloro líquido", y el **24 de diciembre de 2014**, cuando finalmente se suscribió el "CONTRATO No. 300-GAA-CS-0963-2014"<sup>70</sup>.

A partir de la evidencia presentada, es posible confirmar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se gestó y materializó el desvío o incumplimiento del acuerdo anticompetitivo. Nótese que para la época del proceso de licitación de EMCALI, el acuerdo anticompetitivo se encontraba vigente. Tan es así que no solo el representante legal de BRINSA para la época y los funcionarios de dicha empresa lo manifestaron expresamente, sino que JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA), su principal protagonista, fue claro en referir que QUIMPAC habría pensado que la participación de BRINSA en la licitación era parte del "show", es decir, de la dinámica ilegal que acostumbraban implementar para fingir o simular escenarios de competencia ante sus clientes.

De igual manera, a través de la declaración que se presenta a continuación, puede apreciarse que la circunstancia descrita ocasionó que QUIMPAC no solo presentara serias reclamaciones, sino que además amenazara con "venderle" a uno de los acueductos que dentro de la dinámica ilegal era atendido por BRINSA, como represalia o retaliación por el desvío o incumplimiento en el acuerdo anticompetitivo. Al respecto manifestó que:

**"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: (...)** Entonces ellos me dicen que, ellos me dicen que necesitan hablar conmigo otra vez y yo les dije: Yo no voy a Cali más. Nosotros vamos, yo no los puedo recibir. JUAN CAMILO, le conviene que nos escuche. No, yo no los puedo recibir, yo no estoy autorizado, entonces me dicen: donde usted diga nos encontramos. Si quiere en Bogotá, si quiere en Medellín, si quiere en Pasto, donde usted diga. Ponga usted el lugar y allá vamos. Es que yo no quiero hablar con ustedes, yo no voy a hablar con ustedes de nada. Y me dicen tanto que yo entonces digo, vengan pues. Y entonces yo les digo **"yo los puedo recibir, pero los voy a recibir en mi casa"** (...)

Pero la fecha debió haber sido entre **el 3 de diciembre y el 8 de diciembre**, porque fue muy rápidamente después de que eso pasó. Los señores van a mi casa, solamente están presentes la empleada del servicio de esa época, que se llamaba KAREN ANAYA, ya no trabaja con nosotros y mi señora esposa, CLAUDIA FRANCO PELÁEZ. Mi esposa ya salía para su trabajo. Ella saluda a los señores, ella sabía quiénes eran, pues, sabía que eran de QUIMPAC, ella no los conoce, no sabe ni los nombres, pero si los vio y ella, **por eso es que esa reunión no la podrá negar nadie que existió** (...)

Nos quedamos ahí por espacio, la reunión no duró mucho, ha durado media hora-treinta y cinco minutos y los tipos, los dos señores estos me dicen, **vea JUAN CAMILO, lo que usted hizo es lo peor, va a desatar una guerra**, entonces y me dicen, hay un acueducto, es el acueducto de TIBITOC, ese acueducto es operado por VEOLIA, que es un operador francés de acueductos. Ese acueducto es de las empresas de servicios públicos de alcantarillados de Bogotá, pero está entregado en operación a esa firma, a VEOLIA, en un modelo que el Distrito Capital ensayó en algún tiempo. Ese acueducto no compra bajo la licitación del acueducto de Bogotá, ellos son libres de comprar y no hacen licitaciones, sino que uno les hace una oferta y ellos le compran. Pueden comprarle o pueden no comprarle.

**Entonces ellos me dicen, vea, usted no está teniendo en cuenta algo: VEOLIA es, el asociado de VEOLIA en Colombia es FANALCA y FANALCA es caleño y me dicen, valluno compra valluno, esos son más regionalistas que ustedes los paisas. Nosotros vamos a venderle a ese acueducto.** (...)<sup>71</sup>.

Adicionalmente, la declaración analizada permite comprobar la finalidad de las amenazas de QUIMPAC como consecuencia del incumplimiento de BRINSA al acuerdo anticompetitivo.

**"DELEGATURA: (...)** ¿Para qué lo hacían?

**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: (...)** ¿Por qué nos advertían? Porque es que **ellos decían que el acuerdo no se podía terminar**... ellos querían que ese acuerdo no terminara... decían que es un error terminar ese acuerdo (...)**ellos querían que el acuerdo general, pues**

<sup>70</sup> Folio 2594 del cuaderno público cloro-soda No. 10 del Expediente.

<sup>71</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente. Declaración de JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI. Archivo: "1 - 2017-10-18 14-33-26-078". Min: 49:34.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el acuerdo que tenían las compañías no se rompiera que volviera otra vez el acuerdo que se sentaron nuevas bases para que ese acuerdo siguiera (...) ellos no querían que ese acuerdo se interrumpiera (...) ellos querían corregir esa interrupción (...)"<sup>72</sup>.

Como puede observarse, **QUIMPAC** con su anuncio de incursionar como retaliación en un acueducto ubicado en Cundinamarca, zona geográfica que le correspondía atender a **BRINSA**, principalmente, tenía como propósito "**corregir**" o enmendar el desvío a lo pactado en el acuerdo restrictivo de la competencia, precisamente para que "**el acuerdo que tenían las compañías no se rompiera**".

La evidencia presentada es suficiente para rechazar completamente los argumentos esgrimidos por **QUIMPAC** según los cuales la presentación de ofertas para el suministro de cloro, por parte de **QUIMPAC**, al acueducto de **TIBITOC**, no guarda ninguna relación causal con la adjudicación del contrato de **EMCALI** a **BRINSA**. Como lo evidencian las pruebas, los hechos que se encuentran acreditados concuerdan perfectamente con una clara retaliación de **QUIMPAC** a **BRINSA** por su desvío del pacto ilegal.

Adicionalmente, las diferentes pruebas que obran en el Expediente aportan suficientes elementos de juicio que permiten concluir que la desviación de **BRINSA** del acuerdo anticompetitivo fue corregida o por lo menos había intentado serlo por parte de esta. En efecto, este Despacho encuentra que la distribución de cloro que **EMCALI** le adjudicó a **BRINSA** terminó siendo atendida indirectamente por **QUIMPAC**, lo cual aliviaría, como se explicará más adelante, la gran dificultad que representaba para esta no haber podido despachar una gran cantidad de cloro, que contaba fuera suministrado a **EMCALI**, como había sucedido durante los últimos años en vigencia del cartel.

Al respecto, existe una cadena de correos electrónicos iniciada el **24 de diciembre de 2014** con el asunto "*Inventario Contenedores Plantas Emcali*", que da cuenta del acto de redención o compensación de **BRINSA** por su desviación del acuerdo anticompetitivo, entregándole nuevamente a **QUIMPAC** la distribución de cloro en **EMCALI**. En esa comunicación, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) le informa a **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) la existencia de un inventario de cloro y le solicita cotización sobre su "*precio*".

"Andrés,

1. Adjunto inventario de contenedores de cloro de Emcali que están en Quimpac llenos.

2. ¿Nos los venderías para que no tengas que vaciar los mismos?

3. ¿A que precio?

Feliz Navidad<sup>73</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En la misma conversación, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) adelantaron una negociación para cerrar el "*precio*" al cual se realizaría la compra de los referidos contenedores y, adicionalmente, abastecer una cisterna de cloro a **EMCALI**.

"(...)

Hola Juan,

El precio sería \$2.066 Puesto en el Cliente.

Andrés H.

"(...)

Andrés

<sup>72</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente. Declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI**. Archivo: "1 - 2017-10-18 14-33-26-078". Min: 1:14:35.

<sup>73</sup> Folio 1214 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Gracias por tu respuesta. \$2.066, me parece muy alto. ¿Podría ser \$1.900? También quisiéramos comprarte una cisterna de cloro, para entrega inmediata. Mismo precio \$1.900. ¿Es posible?

(...)

Hola Juan

**Cerremos en \$1.950.**

Saludos

Andres H

(...)

Andres

1. Gracias por tu respuesta.
2. OK incluyendo \$1.950 incluyendo todo el inventario que te pase de pase de contenedores de Emcali en tu poder **y de una cisterna para Emcali.**
3. ¿Cuándo nos puedes entregar la cisterna?

Saludos

Juan Camilo Arango

(...)<sup>74</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La evidencia presentada es indicativa de que existió la voluntad por parte de BRINSA de enmendar y corregir el desvío a lo pactado. Nótese que no resulta razonable que un agente económico, luego de haber logrado la adjudicación para la distribución de determinado producto, decida ceder esa distribución precisamente a su competidor directo en el mercado. Las circunstancias expuestas resultan corroboradas por la declaración de JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA), su principal protagonista:

**\*JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI:** (...) Entonces hay unos correos... entonces pasan ahí dos cosas, era ya **27 de diciembre**, porque eso no lo ganamos como el 8, no lo adjudican y había que entrar el 27 a operar, las vacaciones, esos puentes, las vías, toda la cosa. **Entonces QUIMPAC ya me había dicho en la reunión que él ya tenía, como él no tenía pensado perder eso, él ya tenía unos cilindros del acueducto de Cali, propiedad del acueducto de Cali, llenos**, porque el acueducto de Cali tiene sus propios equipos y tiene tanques de 16 toneladas de ellos, todos los recipientes son del acueducto de Cali, no hay que comprar recipientes para atenderlo.

Entonces yo me acordé que él tenía un inventario ya y él, ¿Qué tenía que hacer con ese inventario? Tenía que **llevarlo hacia la planta y en un proceso muy complejo desocupar esos contenedores y costoso**, Entonces yo le digo, véndame eso, pues me vende el contenido para poder atender al cliente. Entonces empezamos todo por correo porque yo hablando. Entonces finalmente, él empieza pidiéndome por eso un precio mucho más alto del cual él le vendía a **EMCALI** y yo le digo, no **ANDRÉS**, pues en el correo. Finalmente, baja el precio, acepta lo que yo le digo en 1900, y yo cedo en otros \$50 y cuadramos en eso. Entonces yo le compro, el primer despacho, se lo compro y yo tenía mi problema, aquí le entrego el correo pues que prueba que yo le compré, **que BRINSA le hizo esa compra de cloro**. Era unas pequeñas cantidades, **era lo que él tenía envasado, porque él pensaba que el contrato iba a salir con continuidad para él, él nunca se esperaba lo de BRINSA**. Aquí le entrego el correo que es del 27 de diciembre de 2014.

Entonces qué pasa, yo tenía mi problema de la planta y yo, de alguna manera yo sabía, yo dije bueno, este problema de la planta yo lo puedo capitalizar de la planta mía. De algo malo yo pensaba que sacaba algo bueno. Entonces yo dije pues, **si yo a estos señores les digo que les voy a comprar el cloro, no ahora puntual el que ya le compré, o sea eso me prendió el foco, que puede que no esté bien**. Yo dije entonces, yo mato dos pájaros de un mismo tiro. **Hago que él no me haga bajar más el precio en TIBITOC o que lo baje tanto que no lo pueda bajar y le compro el cloro y lo tengo tranquilo.**

<sup>74</sup> Ibidem.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

(...) entonces yo dije, hombre se lo compro, lo quieto, lo calmo en TIBITOC porque él se va a quedar como, le di pues, ahí le tiré un salvavidas, tenga el volumen (...)

Entonces no ganaba tanto como iba a ganar BRINSA si lo proveía directamente de su planta y además producía la soda cáustica de ese cloro, pero lo estaba dejando tranquilo y ya él dejó de molestar en TIBITOC (...)<sup>75</sup>

De la anterior declaración se ratifica la plena vigencia del acuerdo anticompetitivo para finales del 2014 y también que el comportamiento de **BRINSA** en la licitación de **EMCALI** se trató de una simple desviación a lo pactado, debido a que el hecho de que **QUIMPAC** contara en su planta de producción con un inventario de contenedores de cloro llenos, se explica solo en razón a que el cartelista **"nunca se esperaba lo de BRINSA"** y se encontraba plenamente confiado de que la participación en la licitación de su único competidor en el mercado era parte del **"show"**, es decir, de la dinámica ilegal para simular escenarios de competencia ante sus clientes y, con ello, asegurar **"que el contrato iba a salir"**.

A partir de las evidencias presentadas, este Despacho también encuentra acreditado que la forma que encontró **BRINSA** para enmendar y corregir su desviación a lo pactado en el acuerdo anticompetitivo, fue atender la distribución de cloro en **EMCALI** a través de su competidor directo en el mercado.

Con esa decisión **BRINSA** tenía varios propósitos, como por ejemplo compensar a **QUIMPAC** las consecuencias de su incumplimiento al pacto ilegal. Precisamente, la desviación de **BRINSA** del acuerdo ilegal representó para **QUIMPAC** la pérdida de un acueducto que, como lo reconoció **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y corroboró **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), **"es tal vez el más grande del país"**.

Esa pérdida, entre otras cuestiones, significaba que **QUIMPAC** tendría que asumir un proceso muy **"complejo"** y **"costoso"** al desocupar los contenedores de cloro que previamente tenía envasados para **EMCALI**. En este punto vale la pena recordar que el cloro por sus características fisicoquímicas **es un elemento químico difícil de almacenar, su transporte es considerado una actividad riesgosa y es altamente peligroso para la vida humana, lo que imposibilita que se deseche en la atmósfera y mucho menos en aguas.**

Ante la gravedad de las consecuencias que representó para **QUIMPAC** la desviación, **BRINSA** optó por enmendar su actuación realizando la distribución de cloro en **EMCALI** a través de **QUIMPAC** pese a que, como lo reconoció **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), con esa decisión **"no ganaba tanto como iba a ganar BRINSA si lo proveía directamente de su planta y además producía la soda cáustica de ese cloro"**. Con ello, **BRINSA** lograba compensar las consecuencias de su incumplimiento al comprarle a **QUIMPAC** el cloro que tenía producido y, a su vez, conseguía que esta cesara su retaliación consistente en venderle al acueducto operado por **TIBITOC**, ubicada en Cundinamarca.

En ese orden de ideas, en el Expediente existen pruebas que demuestran cómo **QUIMPAC** asumió indirectamente la distribución de cloro en **EMCALI**, lo que ratifica la materialización de la voluntad por parte de **BRINSA** de enmendar y corregir el desvío a lo pactado en el acuerdo anticompetitivo.

Todo lo descrito previamente obedece a la racionalidad propia de un acuerdo restrictivo de la competencia que se prolongó por más de una década, demostrando que, no obstante en ocasiones podría resultar difícil mantener lo pactado dada la complejidad y fluctuaciones del mercado, siempre existió la voluntad de enmendar y corregir el desvío a lo pactado. Lo que es apenas normal en la dinámica anticompetitiva de un cartel empresarial con un periodo tan largo de ejecución.

En tal virtud, no le asiste razón a **QUIMPAC** al sostener que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 operó la caducidad de la facultad sancionatoria. No puede olvidarse que según esa disposición normativa la facultad que tiene la Autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o **del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo.**

<sup>75</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente. Declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**. Archivo: \*1 - 2017-10-18 14-33-26-091\*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En tal medida, este Despacho confirma su posición respecto a que las conductas ejecutadas por los cartelistas, relacionadas con la repartición del mercado por medio de la distribución de los clientes directos que atendían, son de carácter continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se materializaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro de la ejecución de una estrategia coordinada, continuada y concertada, como lo demuestran las diferentes pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria. Lo anterior significa que la conducta aludida se ejecutó y prolongó en el tiempo y en el espacio, siendo entonces la comisión de la falta permanente y continuada durante todo el 2014 e incluso hasta **junio de 2015**.

Aceptar la tesis que sugiere **QUIMPAC** según la cual el "efecto" del acuerdo anticompetitivo se agotó al momento en que el contrato fue adjudicado a una u otra empresa, es desconocer que la conducta proscrita en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 censura los acuerdos de repartición de mercado tanto por su objeto como por su efecto. Bajo la interpretación del recurrente, la norma quedaría desprovista de cualquier carácter prohibitivo puesto que la ejecución pactada para el reparto de un mercado en un acuerdo anticompetitivo se perpetuaría al antojo de los cartelistas, sin que le fuera posible a la Autoridad de Competencia sancionar sus efectos negativos en un mercado que estaría repartido artificialmente y no como consecuencia de una libre y sana competencia. Patrocinar semejante posición desquiciaría por completo el régimen de protección de la competencia y dejaría inanes las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia.

Así las cosas, para este Despacho las diferentes evidencias que dan cuenta del desvío a lo pactado en el acuerdo ilegal, las amenazas y retaliaciones del cartelista defraudado, el hecho de tratar de enmendar y corregir las consecuencias del incumplimiento, los diferentes reclamos posteriores y, sobre todo, el tiempo que los clientes estuvieron asignados como consecuencia del acuerdo anticompetitivo, constituyen pruebas que corroboran de forma contundente no solamente la existencia del cartel empresarial, sino también su ejecución y continuidad. De modo que todos los argumentos dirigidos a señalar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria se rechazan por infundados e improcedentes.

#### **4.3. Consideraciones relacionadas con los argumentos presentados por los agentes de mercado frente a la conducta anticompetitiva en el mercado de soda cáustica**

##### **4.3.1. Consideraciones frente a los argumentos presentados de manera conjunta por MEXICHEM y LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**

###### **4.3.1.1. Argumentos relacionados con la violación a la presunción de inocencia de los investigados y la no valoración de las pruebas aportadas por MEXICHEM al proceso**

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) argumentaron en su recurso de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio violó su presunción de inocencia y el principio de imparcialidad, por cuanto desde la Resolución de Apertura de Investigación se evidenció una connotación condenatoria por parte de la Entidad y no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas por los investigados al proceso.

Para los recurrentes, esta Superintendencia basó su decisión exclusivamente en la declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) al momento de imponer las sanciones, sin tener en cuenta por lo menos dos (2) testimonios que la contradicen y que, por tanto, deben tener un mayor valor probatorio que esa prueba. Adicionalmente, en opinión de los impugnantes, es "acomodaticio" manifestar que dichos testimonios solicitados por **MEXICHEM** y practicados en la actuación no cuentan con respaldo documental.

Ahora bien, como fue puesto de presente en la Resolución Sancionatoria, los derechos a la defensa y contradicción se reconocen como parte del debido proceso y de las garantías procesales que deben ser, y son resguardados en todo momento por esta Autoridad durante sus procedimientos administrativos sancionatorios. En tal virtud, los investigados cuentan con la posibilidad de aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes y deseen hacer valer dentro de la investigación. De igual forma, esta Superintendencia no desconoce que se encuentra en la obligación de valorar todos los medios probatorios aportados por los investigados en los momentos procesales oportunos y que se presenten como útiles, pertinentes y conducentes de acuerdo a la normatividad vigente. Esto no implica que del juicio que realiza esta Entidad deban ser decretadas todas las pruebas solicitadas; al contrario, una vez realizado el análisis respectivo, se decretan las pruebas útiles, conducentes y pertinentes.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha manifestado que si bien se reconoce cierto grado de discrecionalidad al juzgador, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad única en materia de libre competencia, al momento de valorar las pruebas aportadas, decretadas y practicadas dentro del proceso debe adoptar criterios "objetivos, racionales, serios y responsables", con el fin de evitar la presencia de decisiones contrarias al derecho a la defensa de los investigados. La Corporación resaltó lo siguiente<sup>76</sup>:

*"Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (C.P.C., art. 187 y C.P.L., art. 61), **dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables** (...)"<sup>77</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Como se observa, el Tribunal Constitucional ha resaltado la necesidad de que los jueces y autoridades administrativas, a la hora de tomar una decisión, valoren todas las pruebas aportadas por las partes que obren en el Expediente y que hayan sido legalmente incorporadas, siempre teniendo en cuenta criterios inspirados en la sana crítica y no en posiciones meramente subjetivas de la Autoridad.

Ahora bien, respecto a la valoración que debe hacerse de la prueba testimonial, la cual ha sido duramente criticada por los recurrentes en el presente proceso, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

*"Como es bien sabido, la atendibilidad de la prueba testimonial depende en buena medida de que las declaraciones rendidas sean responsivas, condición que ha de entenderse satisfecha cuando (...) las respectivas contestaciones se relaten concienzudamente (...), **relato que por lo tanto debe incluir (...) la expresión de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, y la explicación concerniente al lugar, modo y tiempo como el testigo tuvo conocimiento del mismo, toda vez que solamente así, explicando cómo de qué manera tuvo el declarante conocimiento del hecho acerca del cual testifica, podrá el juzgador apreciar la veracidad con que el testimonio se produce y si realmente dicho declarante tiene o no el conocimiento que se atribuye**, resultado al que no es fácil arribar pues supone comprobar, ante esa información así suministrada, si el testigo declaró sobre hechos que pudieron caer bajo la acción de sus sentidos, si apoya o no su dicho en observaciones personales suyas, si la declaración resulta verosímil por no contrariar los dictados del sentido común ni las leyes elementales de la naturaleza y, en fin, **si esa misma declaración, además de original y persistente, es consonante con el resto del material probatorio obrante en el proceso**. (...) preciso es no olvidar que las declaraciones efectuadas, sea para acogerlas o para desecharlas han de tomarse en su integridad (...)"<sup>78</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En este sentido, la Corte Suprema estableció que al momento de valorar un testimonio, el juez o autoridad administrativa debe verificar que las declaraciones de los testigos incluyan "las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, y la explicación concerniente al lugar, modo y tiempo como el testigo tuvo conocimiento del mismo", de forma que pueda apreciarse la veracidad del testimonio.

De igual forma, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de verificar que la declaración testimonial sea: (i) responsiva, esto es que "cada contestación [sea] relatada por su autor de manera espontánea suministrando la razón de la ciencia de lo dicho"; (ii) exacta, lo cual ocurre "cuando la respuesta es cabal y por lo tanto no deja lugar a incertidumbre"; y (iii) que sea completa, es decir, que "la deposición no omita circunstancias que puedan ser influyentes en la apreciación de la Prueba"<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Corte Constitucional, sentencia T-442 de 1994.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2014.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de agosto de 1992. Citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de julio de 2007, rad. No. 68001-23-15-000-2006-02791-01.

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 7 de septiembre de 1993, rad. 3475.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalmente, el Consejo de Estado<sup>80</sup> ha reiterado que el testimonio no es otra cosa que "el relato de los hechos percibidos" por el testigo, razón por la cual "hay que acudir al texto de las pruebas" adicionales que obran en el Expediente, precisamente para verificar que "las declaraciones son responsivas, exactas y completas o si por el contrario son vagas, incoherentes o contradictorias". Esto mismo fue resaltado en el Informe Motivado, en el que se estableció que "un criterio trascendental para el ejercicio de valoración de las declaraciones consiste en su concordancia con los resultados que arrojan otros medios de prueba disponibles en el proceso"<sup>81</sup>.

Bajo este entendido, como se observa de la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia valoró todos los medios de prueba, incluyendo los testimonios, que fueron decretados y practicados en la presente actuación administrativa.

Ahora bien, en el caso de las declaraciones de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), este Despacho tuvo en cuenta, en primer lugar, que esta funcionaria de **BRINSA** estuvo presente en las dos reuniones que tuvieron lugar en Panamá entre 2012 y 2013 que sirvieron de prueba para demostrar la conducta anticompetitiva. De esta forma, el lugar, modo y tiempo como la testigo tuvo conocimiento de los hechos que fueron relatados por ella permitían suponer la veracidad de su testimonio.

No obstante, en la misma Resolución Sancionatoria, y contrario a lo manifestado por los recurrentes, se reconoció de manera expresa la existencia de los testimonios rendidos por **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM** para la época de los hechos)<sup>82</sup> y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**)<sup>83</sup>, los cuales fueron igualmente valorados por esta Entidad. Estos últimos, efectivamente manifestaron que durante la reunión de 2012 en Panamá los únicos temas tratados habían tenido relación con el arrendamiento de los tanques de almacenamiento de propiedad de **QUIMPAC** y **MEXICHEM** en la costa atlántica colombiana, en los siguientes términos:

**"APODERADO DE MEXICHEM:** ¿Recuerda usted si en esa reunión [Panamá, año 2012] usted o Alejandro discutieron algún tema diferente al arrendamiento del tanque?

**FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ:** Yo no recuerdo, no recuerdo que hayamos discutido ningún otro tema o por lo menos como nuestro foco era ese y básicamente el foco mío era poder vender ese tanque, no recuerdo qué otras discusiones hayan pasado, pero nosotros... pues el objetivo era ese, darle salida a ese tanque"<sup>84</sup>.

En este sentido, este Despacho dio cuenta de testimonios contradictorios entre personas asistentes a las reuniones en Panamá, lo cual no permitía darle mayor valor probatorio a alguna de las dos versiones. Por el contrario, esta situación exigía la valoración de elementos de prueba válidos adicionales, los cuales permitieran superar toda duda razonable que se presentara por la existencia de testimonios contradictorios de personas asistentes a una misma reunión. No de otra manera se hubiera podido desvirtuar la presunción de inocencia en favor de los investigados, pues como la ha manifestado la Corte Constitucional:

**"[P]ara ser desvirtuada la presunción de inocencia se requiere la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado"**<sup>85</sup>. Por lo anterior, en virtud de este axioma se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado<sup>86</sup>. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado; **a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción,**

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de julio de 2007, rad. No. 68001-23-15-000-2006-02791-01.

<sup>81</sup> Folios 4960 a 5043 del cuaderno público cloro-soda No. 17 del Expediente.

<sup>82</sup> Folio 4272 del cuaderno público cloro-soda No. 14 del Expediente. Archivo "0-2019-06-17 15-04-43-094" Min: 50:03.

<sup>83</sup> Folio 4743 del cuaderno RESERVADA SIC 4 del Expediente. Archivo "17-288979-220719". Min: 52:20.

<sup>84</sup> Folio 4272 del cuaderno público cloro-soda No. 14 del Expediente. Archivo "0-2019-06-17 15-04-43-094" Min: 53:35

<sup>85</sup> Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001.

<sup>86</sup> Corte Constitucional, sentencias C-774 de 2001, C-205 de 2003, C-271 de 2003, C-121 de 2012 y T-346 de 2012.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

**de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica.** Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario, es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad<sup>87-88</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En virtud de lo anterior, este Despacho encontró que obran en el Expediente (i) presentaciones de PowerPoint relacionadas con la reunión de Panamá de 2012 y diferentes juntas directivas de las empresas cartelistas<sup>89</sup>, en donde se evidenciaban los acuerdos concretados entre estos últimos; (ii) correos electrónicos cruzados entre empleados de las empresas sancionadas<sup>90</sup>, las cuales dan cuenta del conocimiento y aplicación del sistema anticompetitivo; (iii) documentos que daban cuenta de los puntos tratados en los diferentes encuentros entre empleados de las empresas involucradas en el sistema anticompetitivo<sup>91</sup>; (iv) datos obtenidos de diferentes autoridades nacionales sobre importaciones de soda cáustica a Colombia<sup>92</sup>, que permitieron evidenciar la aplicación de lo pactado; y (v) testimonios adicionales de empleados de las personas jurídicas en cuestión<sup>93</sup>, todo lo cual, analizado en conjunto, permitió ratificar lo manifestado por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**)<sup>94</sup>.

En este sentido, los elementos de prueba obrantes en el Expediente permitieron concluir a la Superintendencia de Industria y Comercio que entre las empresas sancionadas efectivamente se acordó la puesta en marcha de un sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica en Colombia. Por este motivo, no es de recibo el argumento presentado por los recurrentes respecto a que se impusieron cargas probatorias imposibles de alcanzar para los investigados, ni mucho menos que no se hubiere cumplido con la carga probatoria para demostrar la responsabilidad de las empresas cartelistas en el presente caso.

Por el contrario, este Despacho debe llamar la atención en que, si bien es respetuoso en todo momento de la presunción de inocencia de los investigados, la cual, como se dijo, es uno de los principales pilares del derecho de defensa de los ciudadanos, pues impide que sean sancionados de manera arbitraria<sup>95</sup>, esto no quiere decir que, de encontrarse suficientes elementos de prueba que permitan evidenciar la responsabilidad de los investigados, está en la obligación de imponer las sanciones correspondientes.

Finalmente, respecto a la afirmación relacionada con la supuesta connotación condenatoria por parte de esta Entidad desde el inicio de la actuación, este Despacho debe manifestar que no encuentra sustento en la misma. Lo anterior toda vez que, si bien en la Resolución de Apertura de Investigación se hacen afirmaciones tales como "*De conformidad con el material probatorio que se pasa a presentar, es posible concluir que (...)*" o "*Todo lo expuesto hasta este punto en relación con el acuerdo descrito se encuentra corroborado porque (...)*", estas se hicieron con base en los elementos de prueba recaudados durante la etapa de averiguación preliminar y que permitieron efectivamente concluir, de manera preliminar, que existían suficientes elementos de prueba que daban lugar a que se iniciara una investigación formal.

<sup>87</sup> Corte Constitucional, sentencias C-774 de 2001, C-205 de 2003, C-271 de 2003, C-576 de 2004 y C-289 de 2012.

<sup>88</sup> Corte Constitucional, sentencia C-003 de 2017.

<sup>89</sup> Folio 1478 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo denominado: "YB 029- Ppta de suministro de soda". Ruta de Acceso: Información SIC/3.Soda/8.Yolanda Barrantes; Folio 1601 de la carpeta RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Archivo: "Soda importada JD 23 abril 2014". Ruta de acceso: Requerimiento de Información - SIC/2014.

<sup>90</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo "*RE entregas soda cartagena [1112339]*". Ruta de acceso: \2017-288979-COLORO\2017-288979-COLORO\_2; Folio 1298 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente; Folio 1381 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente.

<sup>91</sup> Folio 3592 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

<sup>92</sup> Folio 667 del cuaderno RESERVADA DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "*Importaciones superindustria y comercio*".

<sup>93</sup> Folio 1509 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo: "0-2018-06-07 10-30-44-23".

<sup>94</sup> El Despacho se pronunciará más adelante respecto a los argumentos presentados por los recurrentes sobre cada uno de estos elementos de prueba.

<sup>95</sup> Corte Constitucional, sentencia C-003 de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En otras palabras, las pruebas recolectadas durante la averiguación preliminar permitieron apenas concluir que existía mérito para abrir una investigación –diferente a declarar a una persona administrativamente responsable–. No obstante, el hecho que durante la etapa de investigación se hubiere permitido a los investigados comparecer al proceso y aportar todos los medios de prueba que consideraran útiles, pertinentes y conducentes para sustentar su posición, dan cuenta que esta Superintendencia no tenía certeza sobre su decisión final.

Por otro lado, debe recordarse que la averiguación preliminar y el contacto con las pruebas que fueron recaudadas en dicha etapa, así como la redacción de la Resolución de Apertura de Investigación y la instrucción de la etapa de investigación, fueron adelantadas en su totalidad por la Delegatura para la Protección de la Competencia, mientras que la decisión final fue tomada por el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, previa sesión del Consejo Asesor. Por este motivo, este último funcionario solo tuvo conocimiento de la totalidad de elementos de prueba al final de la actuación administrativa, sin haber intervenido de forma alguna en las demás etapas del proceso, por lo cual no tiene sustento alguno afirmar que este Despacho tenía claridad respecto a la decisión que iba a tomar.

Teniendo en cuenta lo anterior, no son procedentes los argumentos planteados por **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) respecto a que esta Superintendencia impuso sanciones premeditadas, basado únicamente en el testimonio de una persona, violando su presunción de inocencia y sin valorar los elementos de prueba aportados por los investigados al proceso.

#### 4.3.1.2. Argumentos relacionados con la utilización por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de pruebas ocultas a los investigados

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) manifestaron en el recurso presentado de manera conjunta que la Superintendencia de Industria y Comercio violó la confianza legítima de los investigados al haber hecho uso de pruebas ocultas dentro del proceso que no les fueron trasladadas en el momento procesal oportuno.

Argumentaron que, a pesar de haber solicitado en repetidas ocasiones que les fuera entregada copia íntegra del Expediente para ejercer su derecho a la defensa, la Delegatura negó dichas solicitudes. De igual forma consideraron que, incluso, el hecho que durante la audiencia de testimonio de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) otros investigados hubieran manifestado conocer algunas de las pruebas que no le fueron permitidas ni a **MEXICHEM** ni a **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) demuestra una violación al derecho de igualdad entre las partes.

Al respecto, debe ponerse de presente que este Despacho efectivamente reconoció en la Resolución Sancionatoria que los investigados presentaron diferentes solicitudes a la Delegatura para acceder a la totalidad del Expediente. Tanto **MEXICHEM** como **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), por medio de sus apoderados dentro del proceso, solicitaron en diferentes ocasiones copia íntegra de todos los cuadernos públicos y reservados que conformaban el Expediente, para efectos de ejercer su defensa<sup>96</sup>.

Sin embargo, también se encontró demostrado que en dichas solicitudes realizadas a la Delegatura, los recurrentes buscaban tener acceso a carpetas de carácter reservado, a las cuales no era posible concedérselo por contener información confidencial de los demás investigados. Incluso, en el recurso de reposición presentado es posible notar que los recurrentes transcribieron una comunicación remitida por el apoderado de **MEXICHEM** a la Superintendencia de Industria y Comercio solicitando copias del Expediente, en los siguientes términos:

*"El pasado 5 de abril de 2019, por medio del radicado No. 19-081886, formulé la siguiente petición:*

*"solicito copia íntegra en medio magnético de los cuadernos públicos y reservados del expediente de la referencia, para efectos de ejercer el derecho de defensa contra los cargos formulados mediante Resolución No. 06059 del 18 de marzo de 2019"*

<sup>96</sup> Folios 5340 al 5435 del cuaderno público cloro-soda No. 19 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En respuesta a lo anterior – mediante radicado No. 19-081886-2 – la Delegatura para la Protección de la Competencia accedió a la solicitud y procedió a realizar la copia digital de los siguientes cuadernos:

- Cuaderno público del 1 al 9
- Cuadernos reservados:
  - SIC 1
  - SIC 2
  - SIC 3

Ahora bien, luego de haber examinado la resolución de apertura (...) se evidenció que existen ciertos pies de página que referencian parte del material probatorio sobre el cual la SIC fundamentó sus argumentos y a los cuales no se ha podido tener acceso. Estos son: Cuadernos reservados BRINSA; Cuadernos Reservados QUIMPAC; Cuadernos Reservados DIAN y Cuadernos Reservados MEXICHEM

(...)<sup>97</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Es de anotar que los recurrentes solicitaron acceso a los cuadernos reservados de las demás empresas involucradas, solicitud a la cual la Delegatura no podía dar trámite. Así, se expusieron las razones por las cuales era imposible acceder a esas peticiones<sup>98</sup>, dada la obligación legal en cabeza de esta Entidad de custodiar la información reservada de los investigados. Igualmente, se resaltó que, por medio de las Resoluciones No. 17496 del 28 de mayo de 2019<sup>99</sup> y 26759 del 8 de julio de 2019<sup>100</sup>, la Delegatura manifestó acertadamente que "(...) resulta equivocado afirmar que cualquier investigado pueda acceder a la totalidad de la información contenida en el expediente", bajo el entendido que en la misma se encuentra información de carácter reservada de los demás investigados que es responsabilidad de esta Entidad y debe ser custodiada en todo momento.

Ahora bien, respecto a la publicidad de ciertos elementos de prueba utilizados por esta Superintendencia para probar la responsabilidad de los impugnantes, como lo es la presentación de PowerPoint denominada "PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA", la misma se encontraba en el cuaderno Reservado SIC No. 2, a la cual sí tenían acceso todos los investigados en la actuación. De esta forma, de haberse encontrado en la situación manifestada por **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), de no encontrar en las copias entregadas por la Delegatura el documento específico utilizado en la Resolución de Apertura de Investigación, debió haberse señalado y solicitado de manera puntual dicha prueba.

Incluso, como fue resaltado en la Resolución Sancionatoria, llama especialmente la atención que durante la etapa de instrucción algunos investigados manifestaron conocer la prueba en cuestión e incluso buscaron controvertirla en audiencia donde se encontraban presentes los apoderados tanto de **MEXICHEM** como de **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General).

En este punto, vale la pena aclarar que, contrario a lo manifestado en el recurso presentado de manera conjunta por **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**, este Despacho nunca manifestó que estos investigados hubieran controvertido la prueba. Por el contrario, lo que se señaló fue que en dicha audiencia, **QUIMPAC**, por medio de su apoderado, exhibió la mencionada presentación como documento obrante en el Expediente y la exhibió en los siguientes términos:

**"APODERADO DE QUIMPAC:** En el expediente figuran unos slides de PowerPoint aparentemente, ¿No sé si puedo mostrárselos? Que según se dice son de ella.

**DELEGATURA:** Sí señor. Exhibaselos, que ella los reconozca primero, revise su contenido, y procedería con la pregunta por favor.

<sup>97</sup> Folios 5990 a 6066 del cuaderno público cloro-soda No. 23 del Expediente.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> Folios 3864 a 3889 del cuaderno público cloro-soda No. 13 del Expediente.

<sup>100</sup> Folios 4547 a 4555 del cuaderno público cloro-soda No. 16 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** *Los hice yo, sí señor. Los slides compilan la información, compilan la información de esta propuesta, sí señor*<sup>101</sup>.

De la misma manera, se resaltó el hecho que en la grabación de dicha audiencia<sup>102</sup> puede evidenciarse cómo, en el momento en que el apoderado de **QUIMPAC** exhibió a **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) la presentación de PowerPoint en cuestión, los demás apoderados presentes en la audiencia, con excepción de los de **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), se acercaron a verificar su contenido, y sin embargo, ninguno llamó la atención respecto a que dicha prueba no se encontrara en el Expediente o no hubiere sido trasladada a los investigados. Por este motivo, este Despacho advirtió que brilló por su ausencia cualquier manifestación oportuna por parte de los recurrentes respecto a su supuesto desconocimiento de la prueba documental en cuestión.

De hecho, si para ese momento **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** ya tenían conocimiento que dicha presentación puntualmente no les había sido trasladada en el momento procesal oportuno, debieron haber manifestado la situación y no haberla dejado pasar de manera intencional, esperando buscar excluir dicho medio probatorio al final de la actuación administrativa, so pena de que dicha irregularidad se entendiera subsanada de acuerdo a la normatividad vigente.

Lo anterior, toda vez que, como lo resaltó este Despacho en la Resolución Sancionatoria, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 establece que:

**"Artículo 21. Vicios y otras irregularidades del proceso.** *Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneadas si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.*

*Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa".* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, en la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia el legislador estableció una oportunidad específica para alegar cualquier irregularidad o vicio que pueda afectar el procedimiento. Esa oportunidad está dada antes del inicio del traslado del Informe Motivado o si ocurriesen con posterioridad a este traslado, dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa. El legislador también estableció una consecuencia jurídica cuando esos vicios o irregularidades no se aleguen dentro de la respectiva oportunidad y es que se entenderán saneados.

De esta forma, este Despacho encuentra que el no haber solicitado la publicidad y el traslado de la prueba puntual en cuestión durante la etapa de instrucción, cuando dicho elemento de prueba no solo fue utilizado en la Resolución de Apertura de Investigación, sino que además fue objeto de análisis en diferentes actuaciones posteriores por parte de los demás investigados, lo cual demuestra la publicidad del mismo, trae como consecuencia que la eventual irregularidad habría quedado saneada al momento del traslado del Informe Motivado.

Por esta razón, no se encuentra sustento alguno en los argumentos expuestos por los recurrentes, y por el contrario, se confirma la posición de este Despacho establecida en la Resolución Sancionatoria frente a este particular.

#### **4.3.1.3. Argumentos relacionados con el allanamiento de TRICHEM a los cargos imputados**

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) manifestaron en su recurso de reposición que el allanamiento de **TRICHEM** a los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación no puede considerarse como prueba en contra de los demás investigados en el proceso. De igual forma,

<sup>101</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 03:13:59.

<sup>102</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 03:13:59

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

argumentaron que el documento obrante en el Expediente, por medio del cual dicha empresa se allanó a los cargos imputados, no es válido, toda vez que la jurisprudencia de las altas cortes, al interpretar los artículos 98 y 99 del CGP, ha manifestado que para que el allanamiento sea válido debe ser *"expreso, libre e incondicional, [y] se deben reconocer los hechos de la demanda"*. No obstante, en su criterio, el apoderado de **TRICHEM** manifestó únicamente allanarse a los cargos que fueron formulados en contra de su representada y no a los hechos objeto de investigación.

Este Despacho no encuentra procedentes los argumentos de los recurrentes por las razones que se presentan a continuación.

Por un lado, respecto a la supuesta invalidez del allanamiento realizado por **TRICHEM**, debe manifestarse que, como fue puesto de presente en la Resolución Sancionatoria, diferentes jurisdicciones en el mundo, además de los programas de clemencia o *"leniency programs"*, contemplan figuras que se fundamentan en que los infractores admitan su responsabilidad y, a cambio, reciban una reducción en la multa a imponer. Un ejemplo son los denominados *"settlements"*<sup>103</sup> en la Comisión Europea o en el Reino Unido<sup>104</sup>. Este tipo de figuras, al igual que los programas de clemencia, se instituyen como un instrumento de eficiencia, lo que implica una reducción en los esfuerzos y el uso de recursos de la Autoridad en la detección y sanción de carteles, lo que debe representar, para quien contribuya en ese propósito, alguna compensación.

En Colombia el régimen general de protección de la libre competencia conformado principalmente por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, no contempla una norma que regule específicamente la aceptación expresa de los cargos que le fueron imputados a un agente del mercado o persona natural investigada en un procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia.

No obstante, en el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011, el legislador, consciente de las bondades de ese tipo de figuras, dispuso que, salvo lo dispuesto en leyes especiales, el *"reconocimiento o aceptación expresa de la infracción"* debe tenerse como un criterio para la graduación de la sanción de una infracción administrativa.

Así las cosas, este Despacho considera que la ausencia de regulación expresa en el régimen de protección de la competencia en Colombia sobre la materia, no es impedimento para que se admita que el reconocimiento o la aceptación expresa que realiza un investigado de los cargos imputados en un procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia, se traduzca en una forma de colaboración con la Autoridad en el conocimiento o en la investigación de la conducta, lo que representa una circunstancia de atenuación de la sanción de conformidad con el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

En ese sentido, también debe considerarse que si bien el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 se ocupó de establecer que la *"colaboración con la autoridad"* es un criterio de atenuación de la sanción a imponer a los agentes de mercado, el artículo 26 *ibidem* no contempló una circunstancia de atenuación semejante para las personas naturales.

No obstante, este Despacho considera que no existe ningún obstáculo para que, en virtud del principio de favorabilidad, se extienda la aplicación del criterio de atenuación de la sanción de *"colaboración con la autoridad"* a las personas naturales que reconozcan o acepten expresamente los cargos que le fueron imputados.

Por este motivo, no es procedente la referencia hecha por los recurrentes a los artículos 98 y 99 del CGP, toda vez que dichas normas no son aplicables en el caso concreto. Esto teniendo en cuenta que el allanamiento en procesos de prácticas restrictivas de la competencia debe ser analizado en los términos explicados anteriormente.

<sup>103</sup> Cartel case settlement. Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/settlements\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlements_en.html)

<sup>104</sup> Competition Act 1998: Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases, 18 January 2019. Disponible en: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/771970/CMA8\\_CA98\\_guidance.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/771970/CMA8_CA98_guidance.pdf)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De todas formas, este Despacho llama la atención frente al hecho consistente en que la aceptación de cargos por parte de **TRICHEM** y las personas naturales vinculadas a esta persona jurídica en el presente caso se hizo sin ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad por estos aceptada. Por el contrario, según las actuaciones de estos investigados y los diferentes documentos que aportaron al proceso, debe entenderse que su reconocimiento no se limitó a la imputación jurídica hecha por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación, sino también a la imputación fáctica que soporta la primera.

Por otro lado, respecto al argumento según el cual el allanamiento de **TRICHEM** no puede ser utilizado como prueba de responsabilidad de los demás investigados, en este caso específico de **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**, debe manifestarse lo siguiente.

Si bien es cierto que el allanamiento corresponde a una manifestación unilateral de una de las partes involucradas en la actuación administrativa, por medio de la cual esta última acepta los hechos y cargos imputados en su contra, también es cierto que no es posible extender sus efectos a los demás investigados. Sin embargo, esto no obsta para que el allanamiento de una de las partes no pueda ser utilizado como prueba de naturaleza indiciaria para probar otros hechos dentro del proceso.

En este sentido, es importante recordar que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la prueba indiciaria como un elemento probatorio de gran importancia. De hecho, en materia de libre competencia, dada la dificultad existente en recaudar prueba directa que dé cuenta de la existencia de una práctica anticompetitiva, esta Superintendencia y el Consejo de Estado han reconocido la importancia que juega en esta materia la prueba indiciaria.

Así, esta Superintendencia ha establecido que puede *"evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia"*<sup>105</sup>.

En igual sentido, el Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios como medios de prueba para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos. De esta forma, en decisión del 21 de junio de 2018 este Tribunal manifestó lo siguiente:

*"Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de los casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.*

*En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia"*<sup>106</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Incluso, esta posición encuentra eco en la doctrina y decisiones de tribunales internacionales. Así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

*"La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia"*<sup>107</sup>.

Por su parte, en Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito *sine qua non*, y que por el contrario, la evidencia circunstancial permite establecer la

<sup>105</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

<sup>106</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, rad. No. 25000-23-24-000-2010-00305-02.

<sup>107</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5ª del voto de minoría.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

existencia de acuerdos anticompetitivos<sup>108</sup>. Como señala el profesor William Kovacic "en casos de derecho de la competencia, las cortes permiten que la existencia de un acuerdo sea establecida por evidencia circunstancial"<sup>109</sup>, lo cual es manifestado de igual forma por el juez Richard Posner, quien señaló que "la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"<sup>110</sup>.

Visto lo anterior, es importante recordar que según el Consejo de Estado:

*"[E]n la prueba indiciaria el juez tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecer otros hechos, a través de la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos. En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso"<sup>111</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En igual sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que:

*"La construcción de la prueba indiciaria debe cumplir con el principio de legalidad, esto es, que en la argumentación el juez debe mostrar el hecho indicado, el hecho indiciario, la conclusión y las reglas de la experiencia que permiten la inferencia entre las premisas y la aserción, valorando el grado de convicción que ofrece cada medio de prueba, de conformidad con los parámetros de la sana crítica"<sup>112</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En el caso concreto, este Despacho encuentra que el allanamiento por parte de **TRICHEM** está plenamente probado en el Expediente, el cual no deja duda respecto a que dicha empresa efectivamente participó en las reuniones llevadas a cabo en Panamá entre 2012 y 2013, y que los puntos acordados respecto a la salida de **MEXICHEM** del mercado, distribución de volúmenes de importación y demás que constituyeron el sistema anticompetitivo fueron efectivamente acordados y puestos en marcha por la primera de estas empresas.

En este sentido, puede tomarse como una máxima de la experiencia<sup>113</sup> que cuando un investigado confiesa haber estado en una reunión con otros competidores, y que en la misma se trataron temas relacionados con limitar la libre competencia en el mercado, entonces los demás asistentes a dicha reunión participaron y tuvieron conocimiento de los temas ahí tratados.

De esta forma, este Despacho no encuentra sustento en el argumento de los recurrentes respecto a la imposibilidad de usar el allanamiento de **TRICHEM** como prueba en contra de los demás investigados, cuando en realidad se presenta como una prueba indiciaria adicional, que valorada en conjunto con los demás elementos probatorios permiten concluir la existencia del sistema anticompetitivo sancionado por medio de la Resolución Sancionatoria.

<sup>108</sup> Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. Caso: *In re Text Messaging Antitrust Litigation*. Decisión del 29 de diciembre de 2010. ("Direct evidence of conspiracy is not a sine qua non (...) Circumstantial evidence can establish an antitrust conspiracy").

<sup>109</sup> Kovacic, William E. y Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M. y White, Halbert L., "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law". Diciembre 1 de 2011. Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, p. 393-436, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1.

<sup>110</sup> *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence..."). Esto también se encuentra evidente en el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): "Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se infieren del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...]" ("[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]").

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2013, rad. 27913.

<sup>112</sup> Corte Constitucional, sentencia T-535 de 2015.

<sup>113</sup> "(...) Reglas o proposiciones extraídas del diario vivir, consolidadas lenta e imperceptiblemente por una sociedad de individuos a partir de conductas o situaciones repetidas y verificadas en circunstancias similares, que sugieren un patrón de ocurrencia de las cosas, y que, por su cotidiana validación, se toman generales en el respectivo entorno". Extraído de: Álvarez Gómez, Marco Antonio. *Ensayos sobre el Código General del Proceso*. Volumen III, Medios Probatorios. Temis, 2017, P. 374.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

#### 4.3.1.4. Argumentos relacionados con el principio de congruencia

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) manifestaron que en la Resolución Sancionatoria se generó una modificación de los supuestos fácticos respecto al arrendamiento de los tanques de almacenamiento en la costa norte de Colombia y en el hecho que **MEXICHEM**, de acuerdo al supuesto acuerdo anticompetitivo, no podía realizar más ventas en el mercado colombiano.

Lo anterior, según los recurrentes, toda vez que en la Resolución de Apertura de Investigación se manifestó que el arrendamiento de los tanques de almacenamiento de propiedad de **MEXICHEM** era una medida de compensación a esta última compañía por retirarse del mercado, mientras que en la Resolución Sancionatoria se estableció que era una medida que tenía como objetivo cerrar el mercado colombiano de soda cáustica.

Igualmente, consideran que en la Resolución de Apertura de Investigación la Delegatura manifestó que se había pactado entre los cartelistas la salida total de **MEXICHEM** del mercado, mientras que en la Resolución Sancionatoria se estableció la existencia de ciertas concesiones a dicha empresa para realizar ventas de soda cáustica en el mercado colombiano.

En esa medida, en primer lugar, debe mencionarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, ha indicado respecto al principio de congruencia que:

*"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una "atadura irreductible""<sup>114</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original)*

En este sentido, y como ha sido manifestado con anterioridad por esta Superintendencia<sup>115</sup>, conceder una postulación como la sugerida por los recurrentes en relación con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, implicaría que la Resolución Sancionatoria tendría que ser una copia idéntica de la Resolución de Apertura de Investigación y, en consecuencia, toda la dialéctica propia del procedimiento administrativo, incluyendo los resultados que arroja el periodo probatorio de la investigación, sería totalmente inocua y simplemente decorativa, lo que desfiguraría la naturaleza y esencia de cualquier diseño procesal. Al respecto, esta Superintendencia, en otras ocasiones, se ha referido en idéntico sentido:

*"[L]a Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente.*

(...)

*Aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia planteada por los recurrentes conllevaría al absurdo de pensar que la Resolución Sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente eso desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria (...)"<sup>116</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

<sup>114</sup> Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010.

<sup>115</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019.

<sup>116</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La anterior posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa que ha determinado con contundencia y claridad, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, por lo que los argumentos de los recurrentes en tal sentido no tienen mérito de prosperidad. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:

**"VII CONSIDERACIONES DE LA SALA**

*(...) En ese marco, se tiene **que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada** (...)*

*Sobre este aspecto, es importante advertir que **el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente** (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas. (...)"<sup>117</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

El anterior entendimiento también ha sido ratificado por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que:

*"Vale la pena precisar que si bien **el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible**, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, **quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio**".<sup>118</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En línea con lo anterior, el mismo Consejo de Estado ha indicado:

*"La Sala estima que **el argumento del apelante es excesivamente formalista porque saca de contexto la imputación contenida en el auto de cargos y desconoce que sustancialmente es la misma conducta** por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas"<sup>119</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En este orden de ideas, es menester analizar la imputación jurídica y fáctica realizada por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación en aras de poder demostrar la no violación al principio de congruencia alegado por los recurrentes. Así, en dicha ocasión, se imputaron los siguientes cargos a las personas jurídicas y naturales investigadas:

**Para las personas jurídicas (imputación jurídica):**

**"ARTÍCULO TERCER: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLEGO DE CARGOS** contra **BRINSA S.A.**, identificada con NIT 800221789-2, **QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT 890322007-2, **MEXICHEM DERIVADOS COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT 832010819-6, y **TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT 900108493-8, para determinar si, en los términos señalados en este acto administrativo, los agentes referidos infringieron la prohibición general prevista en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 con ocasión de los comportamientos que de manera coordinada desplegaron en el mercado de la importación, distribución y comercialización de soda cáustica"<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sentencia del 22 de enero de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 00414.

<sup>118</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 11 de julio de 2013, rad. No. 11001-03-25-000-2011-00674-00.

<sup>119</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 2014, rad. No. 25000-23-24-000-2002-00176-01.

<sup>120</sup> Folio 2297 a 2357 del cuaderno público cloro-soda No. 9 del Expediente (Resolución de Apertura de Investigación, p. 118).

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

**Para las personas naturales (imputación jurídica):**

**\*ARTÍCULO CUARTO: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLEGO DE CARGOS** contra las personas listadas e identificadas conforme sigue a sus nombres, para determinar si incurrieron en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas imputadas a **BRINSA S.A., QUIMPAC DE COLOMBIA S.A., MEXICHEM DERIVADOS DE COLOMBIA S.A. y TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.**, de conformidad con las consideraciones previstas en el numeral 15 de la parte considerativa del presente acto administrativo<sup>121</sup>.

Las anteriores imputaciones tuvieron lugar una vez culminada una etapa de averiguación preliminar, en la cual se recolectaron los elementos probatorios suficientes para determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos, situación común en las actuaciones que por prácticas restrictivas de la competencia adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en cumplimiento del procedimiento previsto en las normas especiales y en el estatuto procesal administrativo aplicable.

Ahora bien, respecto a la imputación de cargos relacionada con la violación de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación realizó la imputación fáctica que se describe a continuación:

**Imputación fáctica por el cargo de violación de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el mercado de soda cáustica.**

**\*14.2. Descripción general de las conductas atribuibles a QUIMPAC, BRINSA, MEXICHEM y TRICHEM en relación con la soda cáustica**

La Delegatura encontró material probatorio que evidenciaría que a partir de 2012, a través de reuniones presenciales y otros contactos entre sus empleados, **QUIMPAC, BRINSA, TRICHEM y MEXICHEM** habrían ejecutado un acuerdo anticompetitivo en el marco del cual fijaron los siguientes compromisos:

(i) **MEXICHEM** dejaría de importar y comercializar en el mercado Colombia dos cáustica líquida. Es importante anotar que **MEXICHEM** adquiría ese producto de México mediante compras que realizaba a su matriz, **MEXICHEM S.A.B. de C.V.**

(ii) La soda cáustica que antes compraba **MEXICHEM** a su matriz México ahora sería comprada por **TRICON ENERGY INC.** (en adelante **TRICON**) que, a su vez, es la matriz de **TRICHEM**.

(iii) **BRINSA y TRICHEM** importarían soda cáustica únicamente a través de **TRICON**.

(iv) Para efectos de la importación de la soda cáustica líquida y su posterior comercialización en el mercado colombiano, **BRINSA y TRICHEM** utilizarían la infraestructura de **MEXICHEM** y de **QUIMPAC** a través del arriendo de sus tanques de almacenamiento de soda a instalaciones conexas.

(v) **BRINSA y TRICHEM**, que continuarían en el mercado colombiano de la importación y comercialización de soda cáustica líquida, se repartirían la demanda de ese producto que antes atendía **MEXICHEM**, agente que, como se indicó, saldría del mercado referido.

Así las cosas, es importante resaltar que, según las evidencias que han sido recaudadas hasta este punto de la actuación administrativa, el acuerdo referido estaba orientado a que **BRINSA, TRICHEM y QUIMPAC** aumentarían el margen de la soda cáustica que distribuían y comercializaban en el mercado colombiano. Adicionalmente, como se presentará en este aparte, el comportamiento en cuestión se prolongó por lo menos hasta agosto del año 2015<sup>122</sup>.

De la lectura de los apartes transcritos de la Resolución de Apertura de Investigación, se observa que, para este caso, el cargo imputado a los recurrentes fue el de acordar la estructuración de un sistema anticompetitivo encaminado a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica en Colombia.

<sup>121</sup> *Ibidem*, (Resolución de Apertura de Investigación, p. 119).

<sup>122</sup> *Ibidem*, (Resolución de Apertura de Investigación, p. 57).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Dicho sistema se encontraba conformado por diferentes conductas, entre las cuales se encontraban: (i) la salida de **MEXICHEM** del mercado; (ii) que la soda cáustica anteriormente importada por **MEXICHEM** sería importada por medio de **TRICON** y distribuida por **BRINSA** y **TRICHEM**; (iii) se utilizarían los tanques de almacenamiento de **MEXICHEM** y **QUIMPAC** en la costa norte de Colombia para realizar la importación del producto; y (iv) **BRINSA** y **TRICHEM** se repartirían la demanda que antes atendía **MEXICHEM**.

En este sentido, la imputación realizada por la Delegatura recayó en el hecho que los investigados acordaron una serie de conductas, las cuales estaban enmarcadas en un sistema anticompetitivo encaminado a limitar la libre competencia en el mercado afectado.

Por su parte, la Resolución Sancionatoria estableció lo siguiente respecto a la conducta sancionada con relación al mercado de soda cáustica en Colombia:

*"De esta forma, se encuentra demostrado que los investigados acordaron en 2012, una serie de elementos y conductas que, aplicadas de manera sucesiva, conformaron el sistema anticompetitivo. Estas consistieron en (i) definir y concretar de manera acordada y coordinada la salida de MEXICHEM del mercado de soda cáustica en Colombia; (ii) distribuir los volúmenes de importación de soda cáustica a Colombia, anteriormente atendida por **MEXICHEM**, entre **BRINSA** y **TRICHEM**; (iii) delimitar el origen y el vehículo de importación de la soda cáustica que sería importada a Colombia por parte de **BRINSA** y **TRICHEM** por los puertos del Atlántico y; (iv) utilizar ciertos activos fijos (tanques de almacenamiento) en Colombia de propiedad de MEXICHEM y QUIMPAC por parte de BRINSA y TRICHEM todo lo cual en conjunto permitiría cerrar el mercado colombiano de soda cáustica a nuevos competidores, disminuyendo la presión competitiva de manera artificial y permitiendo a los agentes de mercado participantes aumentar sus utilidades de manera anticompetitiva"<sup>123</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De acuerdo con lo anterior, no puede ser de recibo el argumento presentado por los recurrentes respecto a un cambio en la imputación fáctica por parte de esta Superintendencia respecto a los hechos relacionados con la salida de **MEXICHEM** del mercado y el arrendamiento de los tanques de almacenamiento de **QUIMPAC** y **MEXICHEM** en la costa norte de Colombia. Esto, toda vez que, como pudo apreciarse anteriormente, la Resolución Sancionatoria encontró efectivamente probada la existencia de un sistema anticompetitivo acordado entre los investigados, el cual estuvo conformado precisamente por las conductas que fueron descritas por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación.

De esta forma, la valoración y análisis hechos por este Despacho de todos los elementos de prueba obrantes en el Expediente, llevaron a la conclusión que efectivamente todas las conductas que la Delegatura mencionó como parte del sistema anticompetitivo hicieron parte de la conducta sancionada, y por tanto ninguna de ellas podía ser entendida como una decisión unilateral o legítima por parte de las empresas que conformaron el sistema.

Por este motivo, el hecho que en la etapa de decisión el Superintendente de Industria y Comercio haya percibido que, en relación con el arrendamiento de los tanques de almacenamiento, dicha conducta además de haber servido como posible compensación para **MEXICHEM** por su salida del mercado, haya colaborado con el cierre del mismo para nuevos competidores; o que en relación con la salida de **MEXICHEM**, si bien se encontró probado que la misma fue acordada, también se evidenció que durante el periodo investigado los demás cartelistas le otorgaron ciertas concesiones para realizar algunas importaciones y ventas menores en el país, la realidad es que la imputación fáctica inicialmente hecha por la Delegatura, consistente en que ambas conductas (el arrendamiento de los tanques de almacenamiento y la salida de **MEXICHEM** del mercado colombiano) hacían parte de un sistema anticompetitivo acordado entre los investigados, que tenía como objetivo limitar la libre competencia en el mercado colombiano, no solo se mantuvo intacta durante toda la investigación, sino que fue efectivamente probada por este Despacho y sancionada en la Resolución Sancionatoria.

Así, la estrategia adoptada por los recurrentes, encaminada a limitar el campo de acción de esta Superintendencia, no solo no es procedente, sino que no tiene sustento alguno en el caso concreto, toda vez que se guardó una perfecta congruencia, en los términos acá explicados, entre la imputación fáctica y jurídica hecha en la Resolución de Apertura de Investigación y la sanción impuesta en la Resolución Sancionatoria. Por este motivo, no se acogerán los argumentos de los recurrentes sobre este aspecto.

<sup>123</sup> Folio 5515 a 5633 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 115).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

#### 4.3.1.5. Argumentos relacionados con la valoración probatoria

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) consideraron que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró de manera holística las pruebas sobre la salida de **MEXICHEM** del mercado de soda cáustica, pues de haberlo hecho, hubiere llegado a la conclusión de que dicha empresa nunca dejó de importar soda cáustica a Colombia.

Igualmente, manifestaron lo siguiente respecto a las pruebas utilizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para soportar la existencia de un acuerdo anticompetitivo: (i) la declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) es solo un (1) testimonio, que pierde valor probatorio al existir al menos dos (2) declaraciones que la contradicen; (ii) la presentación de PowerPoint "*PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA*" no podía ser utilizada como prueba toda vez que no fue de conocimiento de los investigados. Además, la misma representa únicamente una propuesta de una "*lista de deseos*" de **BRINSA**; (iii) el archivo de Excel que evidencia algunos cálculos sobre la operación supuestamente acordada no corresponde a la reunión en la que participó **QUIMPAC**, pues dicha compañía no aparece mencionada en el documento; y (iv) la presentación de PowerPoint "*CONTRATOS DE SODA Y CLORO*" fue realizada con posterioridad a la Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015, por lo cual no puede concluirse que la misma haya sido puesta en conocimiento de dicho órgano social. Además, existen otras versiones del documento en el Expediente que no contienen la información encontrada como relevante por la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso.

Este Despacho no encuentra procedentes los argumentos esgrimidos por los recurrentes por los motivos que se presentan a continuación.

##### 4.3.1.5.1. Respecto a la declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**)

Los recurrentes manifestaron que la declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), utilizada como prueba por este Despacho de la existencia de un sistema anticompetitivo, se trata de un testimonio sin mayor valor probatorio si se tiene en cuenta que existen en el Expediente al menos dos (2) declaraciones adicionales que la contradicen.

Adicionalmente, frente a que el testimonio de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) debe ser tenido como simple indicio que carece de valor al existir otras declaraciones que la contradicen y por su condición de delatora, debe iniciar este Despacho manifestando que en ningún momento ha considerado que dicho testimonio sea una prueba irrefutable dentro del proceso, ni mucho menos que consista en la única prueba que da cuenta de lo ocurrido en las reuniones de Panamá de los años 2012 y 2013, ni de la existencia de un sistema anticompetitivo encaminado a limitar la libre competencia. Sin embargo, si se ha manifestado que no se encuentra sustento alguno en la estrategia de los recurrentes, de buscar eliminar cualquier valor probatorio que dichas declaraciones puedan tener, por el simple hecho de tratarse del testimonio de un delator dentro del proceso.

Al respecto debe reiterarse que, en criterio de esta Superintendencia, la calidad de investigada y su participación en el **PBC** no puede ser considerado como un factor suficiente para excluir su versión. Lo anterior, toda vez que, de lo contrario, se estaría reconociendo que las declaraciones de toda persona que se acoja al PBC, deben ser consideradas como imparciales por su simple participación en el programa, lo cual resulta incoherente para este Despacho. Y es que acoger la posición de los recurrentes llevaría a que se perdiera el sentido de la existencia de programas de clemencia, como el aplicado en el presente caso, pues todas las declaraciones que se pudieran recibir por parte de los delatores y sus empleados tendrían que considerarse como imparciales y sin ningún valor probatorio.

Ahora bien, respecto al hecho de que existen al menos dos (2) declaraciones que contradicen lo manifestado por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) sobre lo ocurrido en la reunión de Panamá en 2012, este Despacho debe manifestar, por un lado, que dicha situación fue reconocida en la Resolución Sancionatoria. Sin embargo, también se dejó claridad que toda duda razonable que pudiera existir, y que indudablemente hubiera tenido que interpretarse en favor de los investigados, fue superada por la existencia de otros medios probatorios que corroboran la versión de los hechos que la investigada narró.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, este Despacho reitera que logró evidenciar en el Expediente la presencia de (i) presentaciones de PowerPoint relacionadas con la reunión de Panamá de 2012 y diferentes juntas directivas de las empresas cartelistas<sup>124</sup> en donde se evidenciaban los acuerdos concretados entre estos últimos; (ii) correos electrónicos cruzados entre empleados de las empresas sancionadas<sup>125</sup> donde se da cuenta del conocimiento y aplicación del sistema anticompetitivo; (iii) documentos que daban cuenta de los puntos tratados en los diferentes encuentros entre empleados de las empresas involucradas en el sistema anticompetitivo<sup>126</sup>; (iv) datos obtenidos de diferentes autoridades nacionales sobre importaciones de soda cáustica a Colombia<sup>127</sup> que permitieron evidenciar la aplicación de lo pactado; y (v) testimonios adicionales de empleados de las personas jurídicas en cuestión<sup>128</sup>. Todo lo anterior, analizado en conjunto, permitió ratificar lo manifestado por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**)<sup>129</sup>.

Por estos motivos, no se encuentra sustento alguno en los argumentos presentados por los recurrentes respecto al testimonio de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**).

#### 4.3.1.5.2. Respecto a la presentación de PowerPoint "**PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA**"

Para **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), la presentación de PowerPoint "**PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA**" no podía ser utilizada como prueba toda vez que no fue de conocimiento de los investigados. Además, en su criterio, la misma representa únicamente una propuesta con una "*lista de deseos*" de **BRINSA**, más no hace referencia a acuerdos alcanzados con los demás competidores del mercado.

Al respecto, este Despacho encuentra que, sobre la supuesta imposibilidad de hacer uso de este medio de prueba por no haberse puesto en conocimiento previo de los investigados, dicha cuestión fue ampliamente debatida en el numeral 4.3.1.2. de la presente Resolución. Por este motivo, no se ahondará en mayores detalles al respecto, pues ya se resolvió dicho argumento.

Por otro lado, respecto a que dicha presentación contenía una "*lista de deseos*" de **BRINSA** y que la misma no reflejaba lo realmente discutido en la reunión de Panamá de 2012, debe manifestarse lo siguiente.

En primer lugar, existe prueba en el Expediente que dicha presentación no incluía un simple listado de intenciones de **BRINSA**, como erróneamente lo buscan hacer ver los recurrentes, sino que la misma contenía los puntos de un acuerdo el cual se venía gestando entre los participantes a la reunión. De esto da cuenta lo declarado por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) ante esta Entidad:

*"DELEGATURA: (...) le quiero preguntar específicamente ahora sobre lo que ocurrió en el caso de la soda cáustica. ¿Cómo era el funcionamiento comercial de ese producto, al menos hasta ese periodo?"*

***LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** (...) Cuando yo le recibí el cargo a **ANDRÉS DAZA** en el 2012, me informó que se estaba coordinando una reunión en Panamá, porque **MEXICHEM** se iba a retirar del mercado de la distribución de soda en el país y pues*

<sup>124</sup> Folio 1478 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2. Archivo denominado: "YB 029- Ppta de suministro de soda". Ruta de Acceso: Información SIC/3.Soda/8.Yolanda Barrantes; Folio 1601 de la carpeta RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Archivo: "Soda importada JD 23 abril 2014". Ruta de acceso: Requerimiento de Información - SIC/2014.

<sup>125</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6. Archivo "RE entregas soda cartagena [1112339]"; Ruta de acceso: \2017-288979-COLOR\2017-288979-COLOR\_2; Folio 1298 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1; Folio 1381 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente.

<sup>126</sup> Folio 3592 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

<sup>127</sup> Folio 667 del cuaderno RESERVADA DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "Importaciones superindustria y comercio".

<sup>128</sup> Folio 1509 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo: "0-2018-06-07 10-30-44-23".

<sup>129</sup> El Despacho se pronunciará más adelante respecto a los argumentos presentados por los recurrentes sobre cada uno de estos elementos de prueba.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que se iba a revisar cómo se iban a distribuir esos volúmenes de soda que MEXICHEM dejaba de atender directamente entre TRICHEM y BRINSA. Eso fue en el 2012<sup>130</sup>.

Así, queda claro que con anterioridad a la reunión, los cartelistas ya tenían conocimiento de que la misma se iba a realizar, y que en ella se iban a acordar la distribución de los volúmenes de soda cáustica que MEXICHEM dejaría de proveer al momento de su salida del mercado. En este sentido, no se encuentra sustento en la afirmación respecto a que la mencionada presentación evidenciaba una propuesta unilateral por parte de BRINSA y su equipo.

Incluso, debe reiterarse que, como fue mencionado en la Resolución Sancionatoria, este no era el primer encuentro entre competidores del mercado de soda cáustica en Colombia. Por el contrario, pudo constatar que se adelantaron diferentes acercamientos entre ellos, con el fin de acordar el funcionamiento del mercado. Esto se encuentra corroborado por las declaraciones rendidas por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA) ante esta Entidad:

*"DELEGATURA: (...) le quiero preguntar específicamente ahora sobre lo que ocurrió en el caso de la soda cáustica. ¿Cómo era el funcionamiento comercial de ese producto, al menos hasta ese periodo?"*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** *Bueno. **MARÍA CONSTANZA IGLESIAS** llegó en el 2002 y **BRINSA** empezó a importar soda cáustica en el 2004 o cinco, cuatro. La dinámica, a ver, echando un poquito para atrás entonces. Cuando éramos solo productores de soda cáustica, la dinámica hacia el mercado era ofertar al mejor precio que se pudiera, maximizando la rentabilidad.*

(...)

*Con la llegada del volumen de la soda importada, lo que buscó **MARÍA CONSTANZA** fue tener una mayor participación de mercado. Durante el primer año fue caótico. No había, yo creo que no había acuerdos de nada con nadie, creo yo; pero empecé yo a notar que ella buscó el acercamiento para participar en acuerdos de precios, volúmenes o conocimientos del mercado. Participar en reuniones que había entre **ALMACENADORA, HOLANDA COLOMBIA, PRODESAL** en su momento que también manejaba soda cáustica. Entonces **MARÍA CONSTANZA** buscó el espacio para participar en esas reuniones de soda cáustica.*

*¿Por qué me enteraba yo de esto? ¿Por qué se yo esto? Porque nos reuníamos también con la competencia en su momento, que era **BRENNTAG**, bueno **HOLANDA COLOMBIA** en ese momento, y se hablaba abiertamente pues de las reuniones a las que se asistía. A las que ella empezó a asistir. Antes de la importación de soda, **MARÍA CONSTANZA** no participaba en eso. Pero después de que ya entró a importar, pudo ser parte de esas reuniones y empecé yo a notar pues que ya se hablaba abiertamente de precios por lo menos de volúmenes y de algunos clientes en el mercado*<sup>131</sup>.

Ahora bien, en segundo lugar, este Despacho pudo constatar la presencia de múltiples elementos de prueba adicionales que dieron cuenta de que cada uno de los puntos incluidos en la presentación de PowerPoint "**PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA**" se cumplieron a cabalidad, lo cual evidencia que los mismos si fueron discutidos y acordados entre los integrantes del cartel.

En este sentido, la Resolución Sancionatoria dio cuenta de suficientes elementos probatorios (documentos, correos electrónicos, presentaciones de PowerPoint, testimonios, datos obtenidos de otras entidades nacionales, entre otros) que demostraron cómo se dio cumplimiento a cada uno de los elementos contenidos en la presentación en cuestión.

Así, quedó probado que (i) MEXICHEM efectivamente saldría del mercado; (ii) los volúmenes de importación de dicha empresa serían distribuidos, en cantidades previamente acordadas, entre sus competidores BRINSA y TRICHEM; (iii) estas últimas seguirían adquiriendo la totalidad de soda cáustica para importar a Colombia de MEXICHEM MÉXICO, a través de TRICON; y (iv) BRINSA y TRICHEM tomarían en arriendo las instalaciones de MEXICHEM y QUIMPAC en las ciudades de Cartagena y Barranquilla para almacenar el producto importado.

<sup>130</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 1:33:43.

<sup>131</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 1:27:32.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por este motivo, este Despacho encuentra probado, que la presentación de PowerPoint "*PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA*" no correspondía a una simple manifestación unilateral por parte de **BRINSA**, sino que daba cuenta de los puntos que fueron acordados por los investigados y que, adicionalmente, fueron efectivamente puestos en marcha.

Por este motivo, no se acoge el argumento de los recurrentes en relación con este aspecto.

#### **4.3.1.5.3. Respecto al archivo de Excel que evidencia algunos cálculos sobre la operación supuestamente acordada**

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) manifestaron que el archivo de Excel utilizado en la Resolución Sancionatoria por este Despacho, el cual evidencia algunos cálculos sobre la operación supuestamente acordada, no corresponde a la reunión en Panamá, toda vez que no hace referencia alguna a **QUIMPAC**, empresa que participó en las reuniones mencionadas.

Sin embargo, este Despacho no encuentra procedente el anterior argumento por cuanto, como puede evidenciarse de las pruebas que obran en el Expediente y que fueron puestas de presente en la Resolución Sancionatoria, el archivo de Excel al que hacen referencia los recurrentes es el mismo documento que se encuentra contenido en una de las diapositivas de la presentación de PowerPoint "*PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA*", la cual contiene la información que fue puesta en consideración de los presentes en la reunión de Panamá del 2012, a la cual participaron representantes de **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM**.

A continuación se presenta el cuadro de Excel, el cual contiene un análisis y comparación del escenario de competencia entre **BRINSA** y **TRICHEM** vigente con anterioridad a la reunión de 2012. Puede evidenciarse que **TRICHEM** importaba 15.000 toneladas de soda caustica, obteniendo un margen bruto del ■%, y **BRINSA** importaba 20.000 toneladas, alcanzando un margen bruto de ■%. Posteriormente, se analiza el escenario en que las importaciones de **TRICHEM** aumentan a un total de 21.500 toneladas y las de **BRINSA** a 28.500 toneladas, con tres escenarios de precios diferentes en donde los márgenes brutos de ambas compañías varían entre ■ y ■%.

#### **Imagen No. 6: Cálculos estimados para la operación propuesta con la soda cáustica entre los participantes a la reunión**

**Fuente:** Documento contenido en el Expediente<sup>132</sup>.

Ahora bien, valga decir que la presentación de PowerPoint "*PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA*" contenía exactamente los mismos datos que fueron presentados anteriormente en el

<sup>132</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo denominado: "Calculos Soda[3168]". Ruta de Acceso: Folio 1570\2017-288979-COLORO\2017-288979-COLORO\_3

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

documento de Excel. Incluso, les fueron agregados comentarios que daban explicación de cada uno de los cálculos realizados, entre los cuales se percibió el mensaje "mejor margen para todos por menor competencia" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Imagen No. 7: Presentación "PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA". Diapositiva sobre beneficios de la propuesta

**Brinsa**

## BENEFICIOS

Escenarios de UB de ambas compañías con soda a \$600.000/ton como precio de venta.

TRICHEM	TON/AÑO	S/KG	MB	UB	Comentarios
	15000	\$ 600.000,00	8%	\$ 720.000.000,00	Situación actual, bajos precios por especulación
	15000	\$ 600.000,00	10%	\$ 900.000.000,00	Margen mínimo esperado con volumen actual
	21500	\$ 600.000,00	8%	\$ 1.290.000.000,00	Con el volumen de Mexichem y bajos precios por especulación
	21500	\$ 600.000,00	10%	\$ 1.290.000.000,00	Margen mínimo esperado con volumen adicional
	21500	\$ 645.000,00	12%	\$ 1.795.500.000,00	Mejor margen para todos por menor competencia
TON/AÑO a D	66500				

BRINSA	TON/AÑO	S/KG	MB	UB	Comentarios
	20000	\$ 600.000,00	8%	\$ 960.000.000,00	Situación actual, bajos precios por especulación
	20000	\$ 600.000,00	10%	\$ 1.200.000.000,00	Margen mínimo esperado con volumen actual
	28500	\$ 600.000,00	8%	\$ 1.710.000.000,00	Con el volumen de Mexichem y bajos precios por especulación
	28500	\$ 600.000,00	10%	\$ 1.710.000.000,00	Margen mínimo esperado con volumen adicional
	28500	\$ 645.000,00	12%	\$ 2.373.300.000,00	Mejor margen para todos por menor competencia
TON/AÑO a D	66500				

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>133</sup>. (Recuadros rojos no originales).

Adicionalmente, debe resaltarse que los datos incluidos tanto en el documento de Excel como en la diapositiva anteriormente transcrita coincidían exactamente con el funcionamiento del sistema anticompetitivo, tal y como fue discutido en la reunión de 2012 por los presentes. Esto puede evidenciarse en la siguiente diapositiva, la cual fue puesta en conocimiento de los investigados durante toda la actuación y muestra cómo precisamente se buscaba aumentar los niveles de importación de **TRICHEM** de 15.000 toneladas de soda cáustica a 21.500 toneladas (un aumento de exactamente 6.500 toneladas), y las de **BRINSA** de 20.000 toneladas a 28.500 toneladas (un aumento de 8.500 toneladas).

Imagen No. 8: Presentación "PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA". Diapositiva sobre propuesta a los competidores

**Brinsa**

## COMO FUNCIONA

El volumen de Mexichem se distribuye proporcionalmente entre Trichem y Brinsa: 6500 ton y 8500 ton respectivamente.

- Trichem-Brinsa se comprometen a abastecerse únicamente de Mexichem a menos que no tenga disponibilidad a través de Tricom como Traider.
- Posibilidad de almacenamiento: Tomar en arriendo el almacenamiento de los tanques de Mexichem (3.000 ton) y de Quimpar (4.500 ton). Con esto se espera cubrir la necesidad de los 8 embarques al año.

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>134</sup>. (Recuadro rojo no original).

<sup>133</sup> Folio 1478 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo denominado: "YB 029- Ppta de suministro de soda". Ruta de Acceso: Información SIC/3.Soda/8.Yolanda Barrantes (recuadros en rojo fuera de texto).

<sup>134</sup> Folio 1478 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo denominado: "YB 029- Ppta de suministro de soda". Ruta de Acceso: Información SIC/3.Soda/8.Yolanda Barrantes.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, este Despacho no encuentra sustento en los argumentos planteados por los recurrentes sobre este punto, pues no hay duda que el documento de Excel evidenciado como prueba obrante en el Expediente contenía los datos que fueron presentados en la reunión de Panamá de 2012 y que por tanto fueron de conocimiento de todos los cartelistas.

#### 4.3.1.5.4. Respecto a la presentación de PowerPoint "CONTRATOS DE SODA Y CLORO"

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), respecto a la presentación de PowerPoint denominada "Informe de Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015", la cual reposa en el archivo del Expediente con el nombre "CONTRATOS DE SODA Y CLORO", manifestaron que la misma no podía tener mayor valor probatorio toda vez existen otras versiones de dicho documento en el Expediente, los cuales no contienen la información encontrada como relevante por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Este Despacho se aparta totalmente de los argumentos planteados por los impugnantes en este sentido, toda vez que las diferentes versiones existentes de la presentación de PowerPoint denominada "Informe de Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015" que existen en el Expediente, representan a la luz del ordenamiento jurídico nacional, pruebas documentales independientes entre sí y, por tanto, a la hora de establecer su valor probatorio deben ser analizadas y valoradas de manera independiente por la Autoridad. En este orden de ideas, y como pruebas documentales obrantes en el Expediente, este Despacho está llamado a analizar los elementos que permitirán llegar a la conclusión de cuál de los documentos contiene mayor valor probatorio. Dichos elementos consisten en la autenticidad, integridad y credibilidad de los documentos.

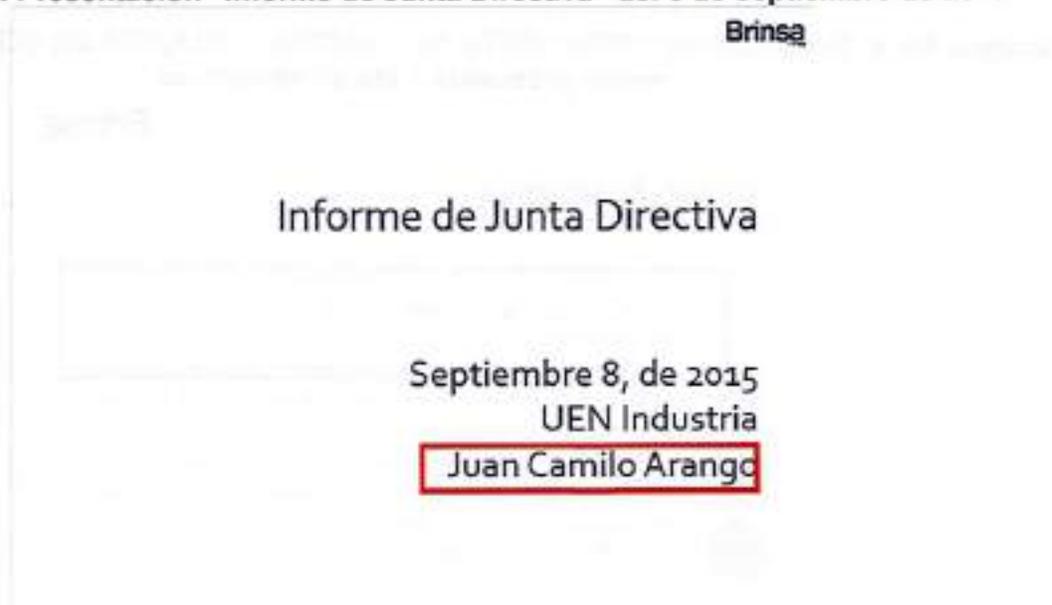
En este sentido, respecto a la autenticidad debe mencionarse que el artículo 244 del CGP indica que:

*"Artículo 244. – Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

(...)"

Como pudo evidenciarse de la primera diapositiva de la mencionada presentación, la cual fue puesta de presente en la Resolución Sancionatoria, la misma aparece suscrita por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**).

#### Imagen No. 9: Presentación "Informe de Junta Directiva" del 8 de septiembre de 2015



Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>135</sup>. (Recuadro rojo no original).

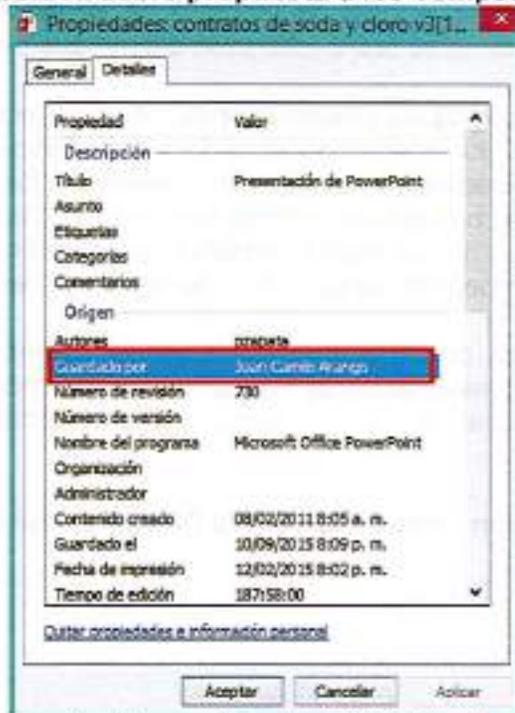
Como es de conocimiento de los recurrentes, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) fue uno de los principales actores dentro de la conducta anticompetitiva en el mercado de soda cáustica, y quien reconoció su participación en la misma.

<sup>135</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo denominado: "contratos de soda y cloro v3[1099931]". Ruta de Acceso: Folio 1570\2017-288979-CLORO\2017-288979-SODA-CAUSTICA

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, debe resaltarse que este Despacho evidenció que el documento que fue expuesto en la Resolución Sancionatoria no solo aparece suscrito por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), sino que en las "Propiedades" de la presentación efectivamente registra que esta última fue elaborada y guardada por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**, tal y como puede evidenciarse a continuación:

**Imagen No. 10: Propiedades presentación "PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA". Diapositiva sobre propuesta a los competidores**



Fuente: Documentos contenidos en el Expediente<sup>136</sup>. (Recuadros rojos no originales).

Por su parte, la versión mencionada por los recurrentes registra como elaborado por el usuario "EMeje", del cual no se tiene conocimiento alguno en la presente investigación. A continuación se presentan las imágenes que dan cuenta de lo anterior.

**Imagen No. 11: Propiedades versión adicional presentación "PROPUESTA DE COMPRA CONJUNTA DE SODA". Diapositiva sobre propuesta a los competidores**



Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>137</sup>. (Recuadros rojos no originales).

<sup>136</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo denominado: "contratos de soda y cloro v3[1099931]". Ruta de Acceso: Folio 1570\2017-288979-CLORO\2017-288979-SODA-CAUSTICA (Recuadro rojo no original)

<sup>137</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo denominado: "contratos de soda y cloro v8[851786]". Ruta de Acceso: Folio 1570\2017-288979-CLORO\2017-288979-SODA-CAUSTICA (Recuadro rojo no original)

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

En este sentido, este Despacho encuentra que la versión que fue presentada en la Resolución Sancionatoria fue elaborada y guardada por el mismo **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), mientras que la versión mencionada por los recurrentes fue realizada y guardada por otro empleado de la compañía del cual no se tiene conocimiento alguno.

En este sentido, se encuentra que el documento utilizado como prueba en la Resolución Sancionatoria se evidencia cómo auténtico, toda vez que el mismo efectivamente fue elaborado por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien además suscribió la presentación en cuestión, y el mismo no sufrió alteración alguna que pusiera en duda su integridad.

Por otro lado, respecto al contenido de las presentaciones, no es de recibo la afirmación hecha por los recurrentes respecto a que el documento presentado en la Resolución Sancionatoria contenía información diferente a la evidenciada en el documento resaltado por los impugnantes. Por el contrario, y como se dejará en evidencia a continuación, ambas versiones contenían la misma información que fue resaltada por este Despacho, y que permitió demostrar, junto con los demás elementos probatorios, la existencia del acuerdo anticompetitivo sancionado y de las diferentes conductas que lo integraron.

Como prueba de lo anterior, se presenta a continuación la diapositiva que fue resaltada en la Resolución Sancionatoria de la presentación de PowerPoint denominada "Informe de Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015", la cual reposa en el archivo del Expediente con el nombre "CONTRATOS DE SODA Y CLORO".

**Imagen No. 12: Presentación "Informe de Junta Directiva" del 8 de septiembre de 2015**

**Fuente:** Documento contenido en el Expediente<sup>138</sup>, (Recuadro rojo no original).

Por su parte, a continuación, se presenta la diapositiva existente en el documento adicional de la presentación de PowerPoint denominada "Informe de Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015" que obra en el Expediente y que fue resaltado por los recurrentes.

<sup>138</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo denominado: "contratos de soda y cloro v3[1099931]". Ruta de Acceso: Folio 1570\2017-288979-CLORO\2017-288979-SODA-CAUSTICA (Recuadro rojo no original)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No. 13: Diapositiva No. 7 versión adicional presentación "Informe de Junta Directiva" del 8 de septiembre de 2015**

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>139</sup>.

En este sentido, es evidente la identidad de contenido entre las diferentes versiones que existen en el Expediente de la presentación de PowerPoint denominada "*Informe de Junta Directiva del 8 de septiembre de 2015*", razón por la cual este no puede ser un elemento para argumentar la pérdida de valor probatorio del utilizado por este Despacho en la Resolución Sancionatoria.

Incluso, debe llamarse la atención en el hecho que acoger los argumentos de los recurrentes sobre este punto, sería aceptar que un documento en el cual se plasme de manera contundente la existencia de un acuerdo anticompetitivo perdería todo valor probatorio por el simple hecho que se suscriba una segunda versión, eliminando cualquier mención a las conductas anticompetitivas. Posición esta última que no puede ser de recibo bajo ningún punto de vista pues, se insiste, toda evidencia obrante en el Expediente deberá ser analizada con el valor que corresponda.

Finalmente, respecto a la fecha de elaboración de la presentación de PowerPoint presentada en la Resolución Sancionatoria, este Despacho encuentra que es irrelevante el hecho que la misma haya sido elaborada con posterioridad a la Junta Directiva de **BRINSA** del día 8 de septiembre de 2015. Lo anterior, por cuanto el hecho que se buscaba demostrar con este documento no era que el mismo hubiera sido de conocimiento del órgano social y sus miembros, sino que se trataba de un documento elaborado por uno de los principales actores dentro del sistema anticompetitivo, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien plasmó de manera textual lo puntos acordados y discutidos por los competidores desde la primera reunión de Panamá en 2012. De esta forma, la presentación en cuestión se presenta como una prueba con valor probatorio, que refuerza la conclusión de esta Superintendencia respecto a la existencia de un sistema anticompetitivo conformado por diferentes conductas discutidas y acordadas entre sus participantes.

Por este motivo, este Despacho encuentra que los argumentos presentados por los recurrentes no son procedentes, y por el contrario, encuentra que el documento que fue utilizado en la Resolución Sancionatoria es una prueba que refuerza la posición de esta Entidad respecto a la existencia de un sistema anticompetitivo en los términos narrados por los delatores.

<sup>139</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo denominado: "contratos de soda y cloro v8[851786]". Ruta de Acceso: Folio 1570\2017-288979-COLORO\2017-288979-SODA-CAUSTICA (Recuadro rojo no original)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

#### 4.3.1.6. Argumentos relacionados con las pruebas sobre la salida de MEXICHEM del mercado de soda cáustica en Colombia y el supuesto acuerdo para distribuir volúmenes de importación

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) manifestaron en su recurso de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio fraccionó y descontextualizó un número de pruebas para demostrar el supuesto acuerdo relacionado con la salida de **MEXICHEM** del mercado colombiano.

De igual forma, afirmaron que se tuvo por probada la supuesta repartición de los volúmenes de importación de **MEXICHEM** entre **BRINSA** y **TRICHEM** sin tener en cuenta los argumentos que soportaban que la decisión de disminuir dichas importaciones tenía un motivo económico racional. Para los recurrentes, la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que nadie está obligado a permanecer en un mercado que no le representa rentabilidad alguna.

Por otro lado, sostuvieron que se presentó un incorrecto análisis de los datos de importaciones de soda cáustica a Colombia, los cuales en realidad no mostraban ninguna correlación entre la supuesta salida de **MEXICHEM** del mercado y el aumento de participación de los demás investigados.

En primer lugar, este Despacho se pronunciará respecto al supuesto fraccionamiento y descontextualización de ciertos medios de prueba por parte de esta Entidad. De manera puntual, se hará referencia a los elementos mencionados por los recurrentes, a saber: (i) cadena de correos del 2 de marzo de 2012 entre **DIANA MORA CASTRO** (Ejecutiva de Ventas de **MEXICHEM**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) con el asunto "Re: entregas soda Cartagena"; (ii) cadena de correos electrónicos del 11 de julio de 2012 con asunto "Re\_ Precio soda amoquimicos", entre **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM MÉXICO**); y (iii) chats cruzados entre **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**) el 27 de agosto de 2012.

Respecto a la cadena de correos del 2 de marzo de 2012 entre **DIANA MORA CASTRO** (Ejecutiva de Ventas de **MEXICHEM**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), con el asunto "Re: entregas soda Cartagena", los impugnantes consideraron que la misma había sido interpretada de manera "aislada" para buscar demostrar la salida de **MEXICHEM** del mercado. No obstante, a continuación se pasará a demostrar cómo la misma fue analizada de manera conjunta con los demás elementos de prueba y, por el contrario, permitió evidenciar la intención por parte de **MEXICHEM** de dar cumplimiento a los compromisos previos adquiridos con los demás competidores.

Debe recordarse que este Despacho encontró probado, con base en diferentes presentaciones de PowerPoint, testimonios y otros documentos obrantes en el Expediente, que **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM** concretaron, durante una reunión en febrero de 2012 en Panamá, varias conductas que, de manera conjunta, conformaron un sistema tendiente a limitar la libre competencia.

De igual forma, quedó demostrado que como parte de dicho sistema se concretó la salida de **MEXICHEM** del mercado colombiano, lo cual implicaba indiscutiblemente que dicha compañía disminuiría sus volúmenes de importación y detendría la venta de soda cáustica a nuevos compradores. Esto fue mencionado en la Resolución Sancionatoria en los siguientes términos:

*"Como fue puesto de presente, el sistema anticompetitivo acordado por **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM** durante la reunión de febrero de 2012 para ajustar las condiciones de competencia en el mercado afectado, partía de la salida de **MEXICHEM** del mismo. Al respecto, vale la pena aclarar que, si bien esta era una situación de la que ya se venía hablando con anterioridad a la reunión de 2012 por parte de los agentes de mercado, la realidad fue que en dicha reunión se acordó la forma como se llevaría a cabo, de tal manera que los agentes restantes en el mercado pudieran desarrollar su negocio con mayores facilidades operacionales y logísticas, pudiendo aumentar su participación y utilidades con menor presión competitiva"<sup>140</sup>.*

<sup>140</sup> Folio 5515 a 5633 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 128).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo anterior fue demostrado por medio de diferentes elementos de prueba que obran en el Expediente, como presentaciones de PowerPoint relacionadas con la reunión de Panamá de 2012 y diferentes actas de juntas directivas de las empresas cartelistas<sup>141</sup> en donde se evidenciaban los acuerdos concretados entre ellas; correos electrónicos cruzados entre empleados de las empresas sancionadas<sup>142</sup> que dan cuenta del conocimiento y aplicación del sistema anticompetitivo; documentos que demostraban los puntos tratados en los diferentes encuentros entre empleados de las empresas involucradas en el sistema anticompetitivo<sup>143</sup>; datos obtenidos de diferentes autoridades nacionales sobre importaciones de soda cáustica a Colombia<sup>144</sup> que permitieron evidenciar la aplicación de lo pactado; y testimonios y confesiones por parte de empleados de las personas jurídicas en cuestión<sup>145</sup>.

Ahora bien, precisamente como parte de los diferentes elementos de prueba que fueron evidenciados en el Expediente, se encuentra la cadena de correos electrónicos del 2 de marzo de 2012 entre **DIANA MORA CASTRO** (Ejecutiva de Ventas de **MEXICHEM**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), con el asunto "*Re: entregas soda Cartagena*". Dicha cadena, contrario a lo manifestado por los recurrentes, permitía acreditar el compromiso por parte de **MEXICHEM** para dar cumplimiento a lo acordado con los demás cartelistas, y detener sus ventas a nuevos compradores de soda cáustica en el mercado colombiano. A continuación se presenta la cadena de correos en cuestión.

"De: Diana Mora Castro  
Enviado el: viernes, 02 de marzo de 2012 04:36 p.m.  
Para: Leonel Godoy  
Asunto: entregas soda Cartagena

*Ing. Que posibilidad tenemos de entregar 5 Mt de soda en Cartagena a partir de abril?*

*Cordialmente,*

*Diana Mora Castro  
Ejecutiva de ventas*

*Mexichem Resinas*

-----  
De: Leonel Godoy  
Enviado el: viernes, 02 de marzo de 2012 04:39 p.m.  
Para: Diana Mora Castro  
Asunto: RE: entregas soda Cartagena

**Tenemos que revisar lo del acuerdo de Brinsa y Tricon**

*Leonel Godoy Herrera  
Jefe Logística*

*Mexichem Derivados Colombia S.A.*

-----  
De: Diana Mora Castro  
Enviado el: viernes, 02 de marzo de 2012 04:36 p.m.  
Para: Leonel Godoy  
Asunto: entregas soda Cartagena

**Ah, no se preocupe por ese tema no estoy incurriendo en otras ventas es para Almacén el Ingeniero Cartagena. Ese tema lo tengo claro.**

<sup>141</sup> Folio 1478 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo denominado: "YB 029- Ppta de suministro de soda". Ruta de Acceso: Información SIC/3.Soda/8.Yolanda Barrantes; Folio 1601 de la carpeta RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Archivo: "Soda importada JD 23 abril 2014", Ruta de acceso: Requerimiento de Información - SIC\2014.

<sup>142</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo "*RE entregas soda cartagena [1112339]*". Ruta de acceso: \2017-288979-CLORO\2017-288979-CLORO\_2; Folio 1298 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1; Folio 1381 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente.

<sup>143</sup> Folio 3592 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente.

<sup>144</sup> Folio 667 del cuaderno RESERVADA DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "*Importaciones superindustria y comercio*".

<sup>145</sup> Folio 1509 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo: "0-2018-06-07 10-30-44-23".

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

*Cordialmente,*

*Diana Mora Castro  
Ejecutiva de ventas*

*Mexichem Resinas<sup>146</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Nótese que el contenido de dicha cadena de correos electrónicos precisamente solo puede darse a entender al ser analizado en conjunto con los demás elementos de prueba que obran en el Expediente y que dan cuenta de un acuerdo anticompetitivo en virtud del cual se pactó la salida de **MEXICHEM** del mercado colombiano. Así, frases como "**Tenemos que revisar lo del acuerdo de Brinsa y Tricon**" o "**no se preocupe por ese tema no estoy incurriendo en otras ventas (...) Ese tema lo tengo claro**", de haber sido analizadas de manera aislada como la sostienen los recurrentes, no presentarían mayores dudas.

No obstante, analizando dicha cadena en el marco de una investigación en la cual existen otros elementos de prueba que demuestran que **MEXICHEM** se reunió con sus competidores en el mercado de soda cáustica y acordaron que se produciría su salida del mercado nacional, entre otros puntos, permite evidenciar, de manera razonable, que efectivamente había una intención por parte de **MEXICHEM** y sus empleados de cumplir con lo pactado. Y esto fue lo que de manera puntual se manifestó en la Resolución Sancionatoria al hacer referencia a los correos estudiados:

*"De esta forma, puede evidenciarse cómo el equipo de **MEXICHEM** reconocía la existencia de un compromiso adquirido respecto a la importación de soda cáustica a Colombia y, además, buscó cumplir con el mismo desde el inicio<sup>147</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Por otro lado, respecto a la cadena de correos electrónicos del 11 de julio de 2012 con asunto "Re\_Precio soda amoquimicos", entre **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM MÉXICO**), los recurrentes afirman que esta Superintendencia no hizo mención a la respuesta dada por este último, en la cual afirma "**no entiendo a qué te refieres. Por favor hablemos**".

Para dar respuesta al argumento planteado por los impugnantes, resulta pertinente transcribir en su totalidad la cadena de correos en relación con este tema:

*"De: Yolanda.barrantes@brinsa.com.co  
Enviado el: miércoles, 11 de julio de 2012 09:56 a.m.  
Para: Diana Mora Castro; Fernando Alfonso García Juárez  
Asunto: Rm: Precio soda amoquimicos*

*Diana, Fernando... muy preocupante el precio de soda en Bogotá... por favor aclaremos cómo son las reglas de juego **porque el acuerdo es que Mexichem no iba a tener presencia en el mercado para que Brinsa y Trichem compren ÚNICAMENTE a Mexichem Mexico y además tomáramos en arrendamiento el tanque de Cartagena.***

*La misma situación tenemos en el grupo Marchen donde el volumen del año 2011 fueron más de 500 ton y en lo que va transcurrido del año no se ha hecho entrega sino de 3 carros x 35 ton.*

*Dado que ustedes solicitaron algo de presencia, nosotros dimos el ok porque el volumen era pequeño, pero estos precios va se salen de toda proporción sumado a que de las 15000 ton conversadas ustedes siguen poniendo 8400 ton como proyección del año.*

*Discúlpenme pero me parece que esto debemos hablarlo claramente*

*(...)*

<sup>146</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo "RE entregas soda cartagena [1112339]". Ruta de acceso: \2017-288979-COLORO\2017-288979-COLORO\_2.

<sup>147</sup> Folio 5515 a 5633 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 129).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De: Fernando Alfonso García Juárez  
 Para: Yolanda.barrantes@brinsa.com.co; Diana Mora Castro  
 Fecha: 2012-07-12 16:13  
 Asunto: RE: Precio soda amquimicos

Estimada Yolanda. No entiendo a que (sic) te refieres. Por favor hablemos.

De: Yolanda.barrantes@brinsa.com.co  
 Para: Fernando Alfonso García Juárez 23/07/2012 11:07 a.m.  
 Cc: "Diana Mora Castro"  
 Asunto: RE: Precio soda amquimicos

Fernando, podemos revisar este tema esta semana?

(...)<sup>148</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Al respecto, **MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) sostuvieron en su recurso de reposición que la respuesta dada por **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM MÉXICO**), al ser analizada "en su contexto", da cuenta de que no existía un "acuerdo que fuera tan claro", como lo sostiene la Superintendencia de Industria y Comercio.

No obstante, este Despacho no comparte las apreciaciones hechas por los recurrentes, pues lo que demuestra es que son los recurrentes quienes se encuentran realizando una interpretación aislada de los elementos de prueba y no esta Superintendencia. Lo anterior, toda vez que, de la respuesta dada por **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM MÉXICO**) de ninguna manera puede entenderse categóricamente que evidencia la inexistencia de un acuerdo anticompetitivo, pues simplemente se encuentra haciendo mención a una queja puntual presentada por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**).

Incluso, dicha respuesta puede interpretarse como que **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM MÉXICO**) no entendía la razón del reclamo, si en su conocimiento se estaba cumpliendo con lo pactado. Esto fue precisamente lo que quedó en evidencia con la declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) ante esta Entidad, quien manifestó que en reunión que tuvo lugar entre el 15 y 16 de mayo de 2013 en Panamá, **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) le reclamó una vez más a **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** el hecho que **MEXICHEM** se encontrara comercializando soda cáustica, cuando se había acordado su salida como parte del sistema anticompetitivo que se había pactado en Panamá, a lo que este último respondió que "no era él, que eran sus vendedores (...)". Lo anterior puede evidenciarse a continuación:

"DELEGATURA: ¿Qué le comentan en esa reunión **JUAN CAMILO**?"

**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**: (...) **YOLANDA BARRANTES** estaba conmigo, se le quejaba a FERNANDO GARCÍA que él comercializaba y le sacaba unos clientes, que estaba comercializando soda cáustica. Yo no entendía la queja. **YOLANDA** se quejaba con esa cosa pues a mí me parecía una queja absurda porque el mercado de soda era deficitario y nosotros todo lo que teníamos lo vendíamos, nosotros colocábamos toda la soda. Pero entonces ella sí le hacía la queja a él y él le decía que lo revisaría a la vuelta, que no era él, que eran sus vendedores, que iba a mirar y, bueno, ese era pues el tema, era muy poca cantidad, pero pues esa era la queja de YOLANDA<sup>149</sup>.

Respecto a esta declaración, debe mencionarse que los recurrentes manifestaron que la misma es débil por provenir de un delator y además demuestra la inexistencia de un acuerdo, afirmaciones estas que de ninguna manera pueden ser tenidas en cuenta. Por un lado, como ya fue mencionado anteriormente, el simple hecho que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) haya actuado como delator en el presente proceso, no es suficiente para excluir se versión de los hechos. Por otro lado, esta Superintendencia ha sido reiterativa en afirmar que la

<sup>148</sup> Folio 1298 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente.

<sup>149</sup> Folio 4763 cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "000". Min: 02:12:21.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

existencia de desviaciones de un acuerdo bajo ningún punto de vista puede entenderse precisamente como una falta de acuerdo, sino todo lo contrario.

En efecto, en la Resolución Sancionatoria se puso de presente que precisamente esta Superintendencia en ocasiones anteriores ha considerado que los incumplimientos o desvíos ocasionales, lejos de demostrar la ausencia del acuerdo anticompetitivo, constituyen prueba de la continuidad del cartel empresarial<sup>150</sup>:

*"Respecto del anterior correo, toda vez que constituye un reclamo por incumplimiento de los acuerdos de precios propios del cartel empresarial, aspecto que los investigados pretenden hacer ver como una prueba de su ausencia, es pertinente señalar que para este Despacho, al igual que lo consideró la Delegatura, **resulta inadmisibile desde todo punto de vista que se pretenda demostrar la ausencia del acuerdo anticompetitivo con las pruebas que dan cuenta de los reclamos** que se hacían los miembros del cartel empresarial por desvíos ocasionales del acuerdo ilegal. **Contrario sensu, dichos reclamos constituyen pruebas de la continuidad del cartel**, máxime si se tiene en cuenta que se repiten esporádicamente durante los más de once (11) años en los que perduró el mismo, demostrando que no obstante resultaba difícil mantener los acuerdos dadas las complejidades y la dinámica del mercado, siempre existió la voluntad de enmendar y corregir los desvíos a lo pactado. Esto es apenas normal en la dinámica de un cartel empresarial de precios con un periodo de ejecución tan largo"* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por estos motivos, los argumentos contra las anteriores declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) no pueden ser acogidas por esta Entidad.

Adicionalmente, este Despacho evidencia que los recurrentes no dieron cuenta de que el contenido del correo inicial enviado por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) a **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (funcionario de **MEXICHEM MÉXICO**) hacía referencia puntual a los diferentes elementos que conformaron la conducta anticompetitiva, y que coincidían de manera exacta con lo establecido en los demás documentos obrantes en el Expediente que dieron cuenta de la existencia del acuerdo.

En este sentido, el reclamo hecho por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) manifestó textualmente que **"el acuerdo es que Mexichem no iba a tener presencia en el mercado para que Brinsa y Trichem compren ÚNICAMENTE a Mexichem Mexico y además tomáramos en arrendamiento el tanque de Cartagena"**. Afirmación esta última que concuerda de manera precisa con las presentaciones de PowerPoint relacionadas con la reunión de Panamá de 2012 y diferentes juntas directivas de las empresas cartelistas<sup>151</sup>, los datos obtenidos de diferentes autoridades nacionales sobre importaciones de soda cáustica a Colombia<sup>152</sup> y los testimonios de empleados de las personas jurídicas en cuestión<sup>153</sup>.

En virtud de lo anterior, este Despacho encuentra que el valor probatorio de la cadena de correos electrónicos mencionada se encuentra precisamente de su interpretación conjunta con los demás elementos probatorios que obran en el Expediente, y no de un análisis aislado y particular como el que sugieren los recurrentes.

Finalmente, en relación con los chats cruzados entre **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**) el 27 de agosto de 2012 y que fueron presentados como prueba en la Resolución Sancionatoria, los recurrentes manifiestan que los mismos no pueden ser utilizados por no reposar en su estado original, sino haber sido incluidos en un correo electrónico.

Al respecto, debe recordarse que el CGP establece en su artículo 247 lo siguiente:

<sup>150</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

<sup>151</sup> Folio 1478 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo denominado: "YB 029- Ppta de suministro de soda". Ruta de Acceso: Información SIC/3.Soda/8.Yolanda Barrantes; Folio 1601 de la carpeta RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Archivo: "Soda importada JD 23 abril 2014". Ruta de acceso: Requerimiento de Información - SIC/2014.

<sup>152</sup> Folio 667 del cuaderno RESERVADA DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "Importaciones superindustria y comercio".

<sup>153</sup> Folio 1509 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente. Archivo: "0-2018-06-07 10-30-44-23".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"Artículo 247. – Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.*

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A su vez, debe recordarse que el artículo 11 de la Ley 527 de 1999 establece que:

*"Artículo 11. – Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas (...)"*

Por este motivo, no es de recibo el argumento de los recurrentes en relación con ese tema, pues a pesar de que la cadena de chats entre **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**) el 27 de agosto de 2012 no fue aportado en su formato original, sí se hizo en otro que fue valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas.

Adicionalmente, debe resaltarse que la anterior información fue aportada al proceso por un correo electrónico de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), por lo cual la autenticidad e integridad del documento se encuentran demostradas, toda vez que no existe prueba o manifestación alguna que dé cuenta de lo contrario.

Así las cosas, y en virtud de todo lo anterior, este Despacho considera que los argumentos presentados por los recurrentes respecto a los diferentes medios de prueba utilizados en la Resolución Sancionatoria sobre la salida del mercado de **MEXICHEM** no son de recibo.

En segundo lugar, respecto a la afirmación hecha por los recurrentes según la cual esta Superintendencia decidió omitir de manera autoritaria cualquier tipo de justificación económica que tuviera **MEXICHEM** para dejar el mercado de soda cáustica en Colombia, debe manifestarse que, si bien el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 establece una lista de excepciones en las cuales no se tendrán como contrarias a la libre competencia ciertas conductas anticompetitivas, el mismo debe ser leído de manera concordante con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece como uno de los propósitos del régimen de libre competencia el fomento y la protección de la eficiencia económica en los mercados nacionales. En este sentido, esta Superintendencia analizará en cada caso concreto la presencia de este tipo de eficiencias para determinar finalmente la necesidad de sancionar una práctica restrictiva de la competencia.

En el presente caso los argumentos económicos presentados por **MEXICHEM**, si bien dan cuenta de posibles razones internas de la compañía para dejar el mercado, no aducen la existencia de eficiencias económicas que justificaran la conducta anticompetitiva probada por esta Superintendencia ni mucho menos el hecho que los diferentes competidores del mercado hayan adelantado diferentes reuniones con el fin de estructurar la forma de salida de **MEXICHEM**.

Esta situación, contrario a lo sostenido por los recurrentes, no significa de ninguna manera que esta Entidad obligue a las empresas a mantenerse en un negocio que no les genera rendimiento alguno. Esto indudablemente sería una contradicción con los principios que protege el régimen de libre competencia, el cual además de proteger las eficiencias económicas debe garantizar la libre entrada y salida de competidores. Sin embargo, lo anterior tampoco puede traducirse en que deba tolerarse que la empresa saliente, una vez decida retirarse del mercado, sostenga reuniones con los demás competidores en aras de buscar beneficios para los mismos debido a su decisión unilateral y libre de dejar el mercado. Ni mucho menos, que en dichas reuniones se acuerde entre los diferentes agentes la forma como se estructurará el mercado hacia el futuro.

Es por estas razones que debe reiterarse lo señalado en la Resolución Sancionatoria, conforme a lo cual:

*"[L]o que sí reprocha esta Superintendencia es la forma en que **MEXICHEM** decidió materializar y sacar provecho de manera anticompetitiva de su decisión, es decir, que para salir haya desplegado una estrategia anticompetitiva en conjunto con sus competidores para garantizar que, además de salir, sus competidores siguieran comprando el producto de su*

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

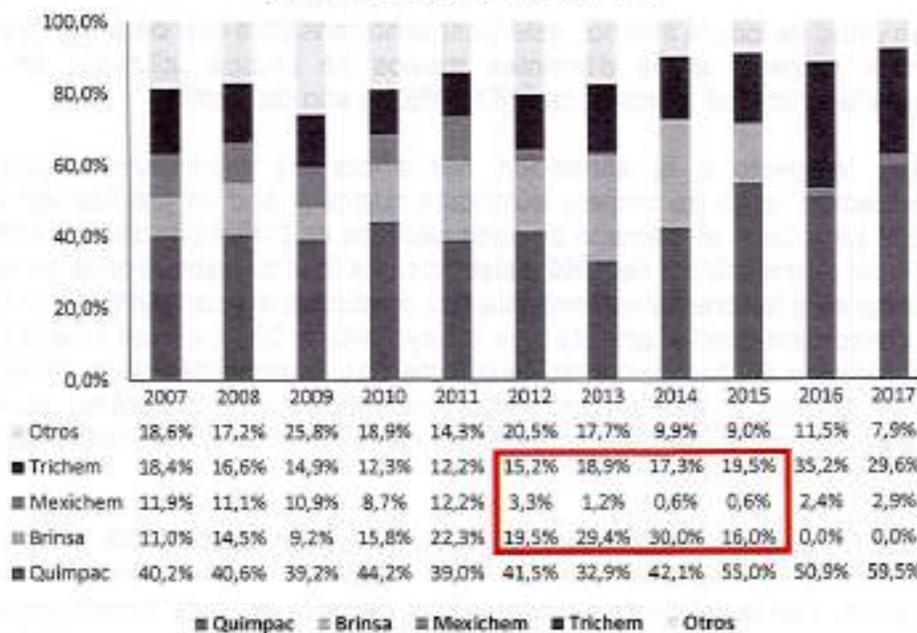
matriz en México y que le alquilaran sus tanques de almacenamiento, entre otros elementos acordados en el marco de dicha estrategia.

Por lo anterior, cualquier ejercicio tendiente a demostrar las razones por las cuales **MEXICHEM** decidió salir del mercado resulta innecesario para este Despacho, toda vez que ninguno de estos análisis tendría siquiera la potencialidad de justificar el actuar anticompetitivo de **MEXICHEM**. En este sentido, los argumentos presentados por la empresa, referentes al porqué de su decisión de salir del mercado de soda cáustica deben desestimarse<sup>154</sup>.

Finalmente, sobre la supuesta valoración equivocada respecto a los datos de importaciones de soda cáustica a Colombia, este Despacho manifiesta que por el contrario, los mismos efectivamente sí dan cuenta cómo **BRINSA** y **TRICHEM** percibieron un aumento en sus porcentajes de importación de soda cáustica al país, alcanzando niveles históricos máximos en los años posteriores a la reunión de Panamá de 2012, lo cual coincidió con la disminución en los volúmenes de importación de **MEXICHEM**.

Así, como se dejó en evidencia en la Resolución Sancionatoria, mientras **MEXICHEM** presentó una tendencia a la baja en sus importaciones de soda cáustica al país, **BRINSA** y **TRICHEM** se vieron beneficiados y aumentaron sus porcentajes de participación, dada la distribución de las toneladas que eran anteriormente importadas y distribuidas por **MEXICHEM** en el mercado colombiano. Esto quedó explicado en la siguiente gráfica, la cual fue incluso puesta en evidencia por los recurrentes en su respectivo recurso de reposición:

Gráfica No. 1: Importaciones de soda cáustica en Colombia por parte de **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM** entre 2007 y 2017



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>155</sup>. (Recuadro rojo no original).

De esta forma, puede evidenciarse que en 2013 y 2014, **TRICHEM** llegó a importar el 18,9% y el 17,3% de la soda cáustica, respectivamente, que entraba al país, mientras que **BRINSA** alcanzó niveles equivalentes a 29,4% y 30%, respectivamente, en los mismos años, todos estos, niveles históricos para ambas compañías.

Nótese adicionalmente cómo, para los años posteriores a la reunión de Panamá del 2012, en la que se pactó la implementación del sistema anticompetitivo acá reprochado, los porcentajes de importación de soda cáustica de "otros" agentes de mercado, diferentes a los participantes de la conducta anticompetitiva, disminuyeron considerablemente. Así, mientras que este grupo de agentes de mercado para 2012 importaba el 20% de la soda cáustica que entraba al país, para 2014 y 2015 este número disminuyó a 9,9% y 9%, respectivamente.

Por este motivo, no es de recibo el argumento presentado por los recurrentes respecto a la falta de correlación entre la salida de **MEXICHEM** del mercado y el aumento de las importaciones de **BRINSA**

<sup>154</sup> Folio 5602 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p.175).

<sup>155</sup> Folio 667 del cuaderno RESERVADA DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "Importaciones superindustria y comercio".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

y **TRICHEM**, toda vez que no de otra manera podría explicarse que justo en los años posteriores a la reunión en Panamá en 2012, los niveles de importación de **MEXICHEM** disminuyeran, aumentarían los niveles de importación de **BRINSA** y **TRICHEM**, las importaciones de "otros" participantes disminuirían de igual forma y los porcentajes de **QUIMPAC** se mantuvieran estables. Objetivos todos estos del acuerdo alcanzado por los cartelistas como quedó demostrado en el proceso.

#### 4.3.1.7. Argumentos relacionados con las pruebas de la distribución de clientes en el mercado de soda cáustica

**MEXICHEM** y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) manifestaron en su recurso de reposición que no existen pruebas en el Expediente respecto a la distribución de clientes en el mercado de soda cáustica anteriormente atendidos por **MEXICHEM**.

Sin embargo, este Despacho encuentra que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, sí existen pruebas en el Expediente de la forma como fue acordado que **BRINSA** y **TRICHEM** atenderían los clientes que dejaría de atender **MEXICHEM**, manteniendo una división de sus clientes en el mercado de soda cáustica en Colombia. De este modo, como se presentó en la Resolución Sancionatoria, cada uno de los principales participantes en el mercado tenía conocimiento y respetaba los clientes de los demás agentes económicos, de forma que evitaban ofertar su producto al cliente de la competencia.

En este sentido, se presentó como prueba del hecho que **BRINSA** y **TRICHEM** atenderían los clientes que dejaría **MEXICHEM** en el mercado colombiano, evidencia que demuestra que los participantes en la práctica anticompetitiva socializaron con sus respectivos equipos de trabajo los acuerdos a los que se llegaron en Panamá de forma que pudieran ponerse en marcha. En el caso de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien participó en la reunión, inició labores con su grupo de trabajo para identificar los clientes que **MEXICHEM** dejaría de proveer y a los cuales les podrían suministrar el volumen de soda importada que les era asignado. Así lo manifestó ante esta Entidad:

"**DELEGATURA**: ¿Qué pasó después de esa reunión **YOLANDA**?"

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**: Después de que llegamos a Bogotá, entonces mi responsabilidad era identificar a qué clientes íbamos a venderle ese volumen que dejaría **MEXICHEM** de atender. Y eso fue lo que yo llegué a hacer, a pedirle información a **CRISTINA SÁNCHEZ** y **GUILLIANA QUEVEDO**, que eran las dos vendedoras, pues las dos Jefes de Ventas para identificar a dónde llegar y pedirle a **MEXICHEM** 'bueno, ¿qué clientes vas a dejar de atender?'<sup>156</sup>.

Al respecto, **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) manifestó que, con posterioridad a la reunión de Panamá de 2012, se le habían impartido las órdenes de atender el mercado que **MEXICHEM** dejaría libre por su salida. La mencionada declarante manifestó lo siguiente:

"**DELEGATURA**: ¿Qué de lo supuestamente sucedido en Panamá le consta a usted que haya sido discutido en Panamá?"

**GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**: Lo que pasó en Panamá no le puedo decir exactamente qué fue porque no asistí. Lo que le puedo decir que pasó es lo que nos cuenta la gerente que había en ese entonces y lo que nos pregunta y lo que nos aclara. Simplemente lo que puedo dar fe es que mi jefa de ese entonces nos dijo que habían acordado que **MEXICHEM** Colombia no importaría más soda y que ese mercado que quedaba disponible lo íbamos a atender las compañías que quedábamos haciendo la distribución para el país, y que incluso me preguntó en un correo electrónico qué clientes pensaba yo se podrían atender<sup>157</sup>.

De esta forma, quedó en evidencia que una vez culminada la reunión de Panamá en 2012, los participantes pusieron en alerta a sus equipos de trabajo sobre las decisiones tomadas, de forma que pudieran poner en marcha los mecanismos para atender los clientes que **MEXICHEM** dejaría de atender, precisamente con los volúmenes de importación adicionales que cada uno adquirió.

<sup>156</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 01:40:36.

<sup>157</sup> Folio 4298 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "0-2019-06-19-14-05-00-027". Min: 01:28:41.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A su vez, **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) manifestó lo siguiente:

*"DELEGATURA: Ligia, usted hace un momento mencionó que años atrás, antes de ir a esa reunión, el precio de la soda era bien volátil y que la competencia que había en el mercado era aguda, muy constante ¿Que pasó después de la reunión de Panamá, por lo menos la que ocurrió en el 2012, en relación con el despliegue comercial que ustedes, **BRINSA**, hacían en relación con la soda y el precio que el mercado estaba dando?"*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** *Dado que para **QUIMPAC**, **TRICON** y **BRINSA** era claro que los clientes se iban, de cada empresa, se iban a mantener, o se iban a tener... casi todos conocíamos cual era el cliente del otro, podíamos fijar un precio de acuerdo con el costo del producto importado y ofrecerle al cliente con un margen mejor que el que se venía teniendo antes del acuerdo. La búsqueda del margen siempre fue del orden del 10 o 12%, era lo que se buscaba. No más allá de eso. En alguno pudo haber ocurrido 15%, pero realmente lo que daba la tranquilidad era que cada uno de los importadores no participaba o no ofrecía producto vía competencia por precio a los clientes del otro importador. Un ejemplo, **PROPAL**. **PROPAL** es un cliente del Valle. Yo no le cotizaba a **PROPAL** simplemente, entonces **QUIMPAC** podría ofrecerle su precio y ya<sup>158</sup>.*

Estas declaraciones encuentran sustento en algunas pruebas documentales que obran en el Expediente. En efecto, existe el correo electrónico del 14 de noviembre de 2012 enviado por **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) a **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) con el asunto "Re: salió nuevamente la licitación de soda para **Ecopetrol C/gena**" el cual da cuenta del conocimiento que se tenía de los precios que serían ofertados a los clientes por las demás empresas y que estaba acordado que sería uno de ellos el ganador:

*"De: FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA  
A: JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI  
Fecha: 14/11/2012  
Asunto: Re: salió nuevamente la licitación de soda para **Ecopetrol C/gena***

*Hola Juan Camilo, me parece bien a \$615, **Trichem** se presentó a \$600 (la idea es que ellos se la ganen) y **Brenntag** a \$690.*

*Saludos,*

*Francia Helena*

*De: JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI  
A: FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA  
Asunto: salió nuevamente la licitación de soda para **Ecopetrol C/gena***

*Has logrado averiguar cómo cotizaron los otros. ¿Se enteraron ellos como ofertamos nosotros? \$615 es muy buen precio, yo me inclino por seguir así, tu que conoces el mercado también que opinas?*

*Saludos" (Subraya y negrilla fuera de texto original)<sup>159</sup>.*

De esta forma, se encontró evidencia de que los sancionados acordaron anticompetitivamente atender la demanda que **MEXICHEM** dejaría de cubrir y que mantenían una división artificial de sus clientes de soda cáustica en el país. Por este motivo, no es fundado su argumento.

#### 4.3.1.8. Argumentos relacionados con las pruebas del origen de la soda cáustica importada

Para los recurrentes, no está probado que toda la soda cáustica importada por **TRICON** a Colombia fuera de origen de **MEXICHEM MÉXICO**. Por el contrario, los datos de la **DIAN** muestran importaciones realizadas desde los Estados Unidos de América.

<sup>158</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Min: 2:01:12

<sup>159</sup> Folio 1381 del cuaderno RESERVADA SIC No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A diferencia de lo aseverado por los recurrentes, este Despacho encontró probado dentro del Expediente que como parte del sistema anticompetitivo acordado entre los sancionados se pactó que en virtud de la salida de **MEXICHEM** del mercado afectado, la soda cáustica que esta empresa solía importar a Colombia sería distribuida para su importación entre **BRINSA** y **TRICHEM**. Sin embargo, también se acordó que estas dos empresas adquirirían la soda cáustica a importar de **MEXICHEM MÉXICO**. Lo anterior, con el fin de garantizar a esta última empresa que, a pesar de su salida del mercado como un competidor, su producto seguiría siendo comercializado en el territorio nacional.

Igualmente, quedó demostrado que los cartelistas acordaron que esta compra se realizaría por medio de la compañía **TRICON**, quien compraría directamente la soda cáustica a **MEXICHEM MÉXICO** y la vendería posteriormente en los volúmenes acordados a **BRINSA** y **TRICHEM**. Al respecto, existe en el Expediente el testimonio de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) quien manifestó que:

*\*DELEGATURA: Cuéntenos que pasó en esa reunión por favor.*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** (...) También se habló sobre la disponibilidad de soda desde México, porque parte del acuerdo era que MEXICHEM México quería que toda la soda que comprara TRICON, que era el "trader", y que trajera al país y nos vendiera a TRICHEM y a BRINSA, fuera sacada de su planta de México. Entonces, ese fue uno de los temas que era urgente porque a MEXICHEM le interesaba pues que toda la soda efectivamente que entrara al país de TRICON fuera de México.

(...)

**DELEGATURA:** Según lo que sucedió en la reunión que usted nos ha mencionado, ¿qué se conversó en relación con la empresa que iba a importar la soda a Colombia?

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** Con **TRICON**

**DELEGATURA:** ¿Qué se definió en ese sentido?, según lo que a usted le consta.

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** TRICON se comprometió a abastecernos siempre a BRINSA y a TRICHEM COLOMBIA, de la soda que requiriéramos importada. Se habló abiertamente que debía sacarla de México. TRICON nos iba a traer la soda a ambas empresas en un buque compartido, entonces debíamos recibir el producto en Colombia las dos empresas TRICHEM y BRINSA. Los descargos del producto se iban a hacer en dos puertos diferentes: en Cartagena y en Barranquilla. En Cartagena porque allí estaba el tanque de MEXICHEM, y en Barranquilla porque estaban los tanques de QUIMPAC. Ahí desde el punto de vista de TRICON, esa era la responsabilidad de ellos (...)<sup>160</sup>.

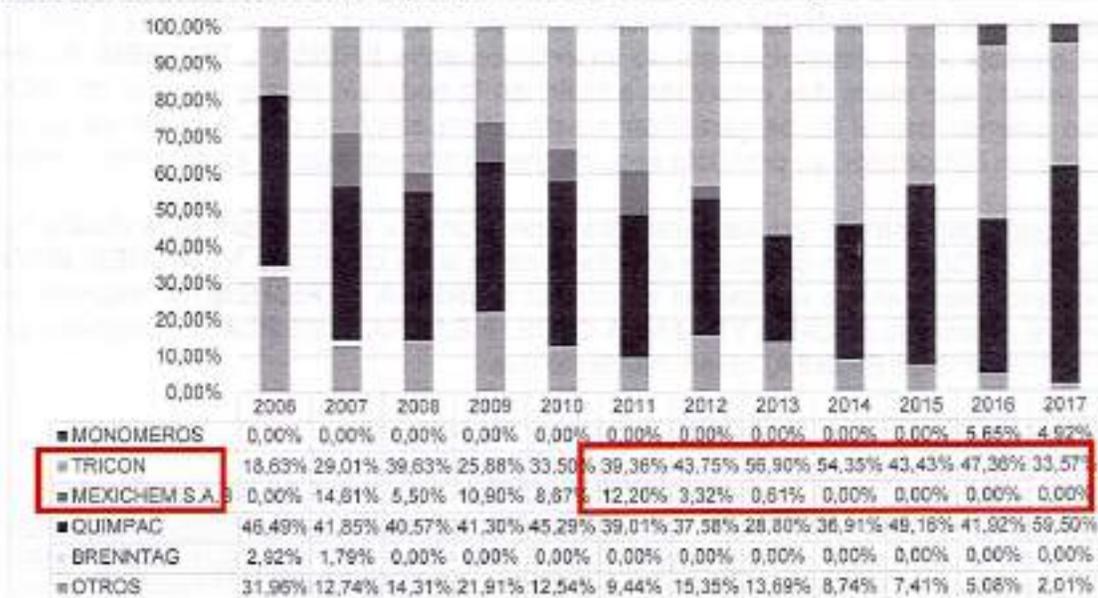
La efectiva aplicación del compromiso mencionado entre los participantes a la reunión de febrero de 2012 puede evidenciarse a continuación. Existe en el Expediente información respecto a que, con posterioridad a la reunión de Panamá de 2012, tuvo lugar un aumento significativo en las exportaciones de **TRICON** hacia Colombia, quien pasó de exportar el 43,75% de la soda cáustica en 2012 a exportar el 56,90% en 2013. Por su parte, el porcentaje de exportaciones de soda cáustica a Colombia realizado por **MEXICHEM MÉXICO** de manera directa disminuyó, hasta el punto de desaparecer en 2014.

Lo anterior se explica por el hecho que, como fue mencionado en la Resolución Sancionatoria, en la reunión de Panamá en 2012 se acordó que la soda cáustica que sería exportada desde México se haría por medio de **TRICON**, lo cual lógicamente implicaría un aumento en los porcentajes de exportaciones de esta empresa a Colombia y una disminución en los porcentajes de los antiguos exportadores de México, específicamente de **MEXICHEM MÉXICO**. A continuación, se presenta la gráfica que da cuenta de esta situación:

<sup>160</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 01:39:05.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Gráfica No. 2: Evolución de las exportaciones de soda cáustica líquida a Colombia 2006-2017

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>161</sup>.

En el mismo sentido fueron presentados otros elementos de prueba que permitieron establecer que **BRINSA** y **TRICHEM**, tal y como había quedado acordado, se abastecerían de la soda cáustica importada por parte de **TRICON**. Sobre esta situación, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) manifestó que:

**"DELEGATURA: JUAN CAMILO** ¿hasta qué fecha ustedes trajeron soda desde **TRICON** o con **TRICON**?

**JUAN CAMILO ARANGO BOBOLOTTI:** Desde que yo estuve en **BRINSA**, que entro en octubre de 2012, hasta que dejamos de importar soda, en julio fue la última compra porque ya en agosto no se compró más, siempre fue, la soda importada siempre fue comprada a **TRICON ENERGY**, nunca hubo un proveedor diferente a **TRICON ENERGY**<sup>162</sup>.

En igual sentido se pronunció **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien reiteró que **BRINSA** y **TRICHEM** importaron el producto exclusivamente a través de **TRICON**, como había sido acordado:

**"APODERADO DE MEXICHEM:** En algún momento de su declaración usted dijo que **BRINSA**, o que ustedes eran distribuidores de **TRICON**. ¿Desde cuándo hasta cuándo se presentó esa situación?

(...)

**GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO:** Lo que contesto es que la soda cáustica importada no la negociaba yo... yo sí la vendía. Toda la soda que nosotros importábamos yo tenía como función venderla. Yo no estoy segura si en algún momento se importó soda de algún proveedor diferente a **TRICON**. Si recuerdo que desde que llegó **JUAN CAMILO ARANGO**, sí quiero ser más precisa, toda la soda que se trajo al país fue de **TRICON** a través de **TRICHEM**. En la negociación de **ANDRÉS DAZA** para la soda, no recuerdo si todo el tiempo fue él, pero en el momento en que **JUAN CAMILO** llegó, en el 2012 hasta el final desde ese momento, tengo la seguridad de que toda la soda que **BRINSA** importó fue de **TRICON ENERGY**. Del otro periodo no tengo idea<sup>163</sup>.

Ahora bien, sobre el argumento presentado por los recurrentes respecto a que la soda cáustica importada por **TRICON** a Colombia provenía de Estados Unidos y no de **MEXICHEM MÉXICO** directamente, debe mencionarse que esta situación se generó, de acuerdo a lo manifestado por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), debido a la disminución en los aranceles de importación desde los Estados Unidos por la firma del Tratado de Libre Comercio

<sup>161</sup> Folio 667 del cuaderno reservado DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "Importaciones superindustria y comercio".

<sup>162</sup> Folio 4763 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo: "000". Min: 02:18:18

<sup>163</sup> Folio 4298 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo: "000". Min: 1:45:24.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

entre dicho país y Colombia en el año 2012, por lo cual resultaba más rentable para **TRICON** mover la soda de **MEXICHEM MÉXICO** a los Estados Unidos y posteriormente importarla a Colombia:

**"DELEGATURA: JUAN CAMILO** ¿Qué le comentan en esa reunión [2013 en Panamá] Juan Camilo?

**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI:** En esa reunión, básicamente lo que yo entiendo de esa reunión es que **MEXICHEM** había sido importador de soda cáustica al país años atrás (...) Que **MEXICHEM** antes del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, México, en virtud del G3 que ya será G2 por lo de Venezuela, tenía un arancel del 0% para la soda cáustica y los Estados Unidos pagaba algo de arancel hasta esa fecha. Entonces, en un producto tan básico como la soda cáustica, tan *commodity* como la soda cáustica, ese arancel le da una ventaja competitiva, entonces mandaban soda cáustica a Colombia (...) **TRICHEM** le propone, le dice a ellos, a **MEXICHEM**, olvídense de atender el mercado colombiano, olvídense de atomizar la cartera de diferentes clientes, de dispersarla, y simplemente concentre la cartera en **TRICON**. Yo le compro toda la soda cáustica (...) Entonces ¿qué pasó? Entonces vino el TLC, entonces ya la soda, decía el señor Dan Green, que era más interesante, más rentable para ellos, las sodas mexicanas llevarlas a Estados Unidos, creo que por un ferrocarril, y traer soda americana a Colombia"<sup>164</sup>.

Lo anterior fue ratificado posteriormente por el mismo declarante, en donde además insistió en que el pacto consistente en que toda la soda cáustica que anteriormente era importada por **MEXICHEM** a Colombia, sería adquirida por **TRICON**, quien la colocaría inicialmente en Estos Unidos para después importarla al país. Al respecto refirió que:

**"APODERADO DE MEXICHEM:** Sabe usted si **TRICON** le compraba a **MEXICHEM** antes de que usted empezara a trabajar en **BRINSA**.

**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI:** No lo se

**APODERADO DE MEXICHEM:** Sabe si le compraba después

**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI:** En esa reunión en Panamá [2013] estuvieron presentes los señores de **MEXICHEM** y el señor de **TRICON**, Dan Green, ellos dijeron que toda la soda que exportaba a Colombia se la compraba **TRICON** y **TRICON** la colocaba en los Estados Unidos, eso dijeron esos señores, que unos representaban a **MEXICHEM** y otros pues representaban a **TRICON**"<sup>165</sup>.

En este sentido, no es de recibo el argumento de los recurrentes sobre este punto, pues quedó demostrado que independientemente de si **TRICON** hacía la importación de soda cáustica a Colombia en favor de **BRINSA** y **TRICHEM** desde México o los Estados Unidos, lo cierto es que dicha empresa cumplía con lo pactado con los demás cartelistas respecto a que, a partir del año 2012, adquiría e importaba a Colombia toda la soda cáustica que anteriormente era importada por **MEXICHEM**, quien se comprometió a salir del mercado.

#### 4.3.2. Consideraciones frente a los argumentos presentados por **QUIMPAC**

##### 4.3.2.1. Argumentos relacionados con la fecha del acuerdo y la falta de conocimiento de **QUIMPAC** sobre el mismo

**QUIMPAC** estableció en su recurso de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que las conductas que hicieron parte del sistema anticompetitivo reprochado por la Entidad fueron acordadas entre los demás investigados con anterioridad a la reunión de Panamá en 2012. Por este motivo, **QUIMPAC** no tenía conocimiento de las mismas y solo asistió a dicho encuentro con el fin de concretar y materializar el arrendamiento de sus tanques de almacenamiento en la costa norte del país.

Al respecto, debe mencionarse que no es de recibo el argumento presentado por el recurrente por cuanto, si bien puede ser cierto que sobre las conductas que conformaron el sistema anticompetitivo, como la salida de **MEXICHEM** del mercado colombiano, se viniera hablando con anterioridad a la reunión de 2012 en Panamá (situación que incluso fue reconocida por este Despacho en la Resolución

<sup>164</sup> Folio 4763 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo: "000". Min: 2.08.00.

<sup>165</sup> Folio 4763 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo: "2-2019-07-24 12-20-16-090". Min: 34.00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sancionatoria), lo cierto es que no hay duda de que **QUIMPAC** tuvo conocimiento de las mismas durante la mencionada reunión, en donde hizo parte de su discusión y las aprobó.

De esta forma, este Despacho pone de presente que en los casos en que ocurra una reunión entre competidores, en donde se discutan y aprueben la implementación de diferentes prácticas anticompetitivas, puede presumirse que estas son integrantes de un acuerdo o conducta anticompetitiva, siempre que no se evidencie distanciamiento alguno de dichas prácticas.

La anterior posición encuentra soporte en diferentes decisiones internacionales en las cuales se ha reconocido precisamente que el hecho que un participante en una reunión, en donde se discutan y aprueben acuerdos anticompetitivos, no se aparte de manera manifiesta de las decisiones tomadas, hace presumir que dicho participante aprueba la conducta ilegal y por tanto debe ser encontrado responsable por la misma.

En este sentido, el Tribunal de Justicia Europeo, en el caso *Aalborg Portland y otros Vs Comisión Europea*, manifestó lo siguiente:

*"81. Según una jurisprudencia reiterada,  **basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cartel.** Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia,  **probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (...)***

*82. La razón que subyace a este principio jurídico es que,  **al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendería a éste**"<sup>166</sup>.*

En este orden de ideas, debe recordarse que, como fue resaltado en la Resolución Sancionatoria, existen pruebas en el Expediente que dan cuenta de que **QUIMPAC** participó en la reunión de Panamá en 2012 a través de sus directivos, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**), y que en la misma se discutió y acordó entre los participantes la implementación de un sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica en Colombia. Por este motivo, este Despacho encuentra razonable establecer que **QUIMPAC** no solo tuvo conocimiento, sino que aceptó la puesta en marcha de un sistema anticompetitivo con el fin de limitar la libre competencia en el mercado colombiano de soda cáustica.

Por este motivo, no es de recibo el argumento presentado por **QUIMPAC** respecto a que no tenía conocimiento del sistema anticompetitivo sancionado por esta Superintendencia, puesto que hizo parte del mismo acordado entre los demás agentes de mercado con anterioridad a la reunión de 2012 en Panamá, y por haber asistido a dicha reunión, supuestamente, con el único fin de arrendar sus tanques de almacenamiento en la costa norte colombiana.

#### **4.3.2.2. Argumentos relacionados con la inexistencia de un objetivo anticompetitivo por parte de QUIMPAC al arrendar los tanques de almacenamiento de soda cáustica en Colombia**

Según **QUIMPAC**, el arrendamiento de los tanques de almacenamiento de su propiedad en el norte del país no tuvo como objetivo limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica, sino que correspondió a una situación de mercado particular. Así, el hecho que las plantas de producción en Perú de dicha compañía tuvieran retrasos en su instalación, generó que no pudiera abastecerse la totalidad de sus tanques en Colombia, por lo cual resultaba necesario arrendarlos. Por este motivo, consideraron que dicha conducta debía ser analizada de manera aislada a las demás que conformaban el sistema anticompetitivo sancionado.

Al respecto, este Despacho debe reiterar que, independientemente de la motivación interna de **QUIMPAC** para poner en arriendo sus tanques de almacenamiento, lo cierto es que esta conducta

<sup>166</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta. Sentencia del 7 de enero de 2004, Caso: *Aalborg Portland y otros Vs Comisión Europea*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0204&from=EN>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

hizo parte del sistema anticompetitivo estructurado y puesto en marcha por los sancionados en la presente actuación administrativa.

En virtud de lo anterior, este Despacho encuentra pertinente recordar que el régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales. De igual forma, y como ha sido manifestado en anteriores ocasiones por esta Superintendencia<sup>167</sup>, puede aseverarse que el concepto "*tendiente a*" establecido en la prohibición general<sup>168</sup> se trata de una prohibición *por objeto*. Por esta razón, debe entenderse que la prohibición general prohíbe todo tipo de prácticas, procedimientos o sistemas que tengan como **objeto** limitar la libre competencia.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.

Así, en la Resolución No. 103652 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó lo siguiente:

*"Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan **por objeto** impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización"* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

*"Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva **por objeto**, y que ella tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla **por objeto**"* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior puede concluirse que, al tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la Autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

Hay que resaltar que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia nacional, la cual ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con conductas que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

Al respecto, el Consejo de Estado afirmó que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta anticompetitiva por objeto, en los siguientes términos:

*"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste **tuviera por objeto** o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"*<sup>169</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Lo anterior además encuentra eco en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*,

<sup>167</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019.

<sup>168</sup> Ley 155 de 1959, Artículo 1. "**Prohibición general.** Quedan prohibidos (...) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas **tendientes** a limitar la libre competencia (...)".

<sup>169</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en "determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia"<sup>170</sup>, razón por la cual no es necesario examinar las intenciones subjetivas de las partes, así como tampoco es relevante el análisis sobre el conocimiento del infractor de estar cometiendo una conducta violatoria del régimen de competencia<sup>171</sup>.

En este sentido, puede afirmarse que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Por este motivo, el hecho alegado por **QUIMPAC**, según el cual su intención de asistir a las reuniones en Panamá no era otro que el de poner en funcionamiento unos activos con capacidad ociosa en la costa norte de Colombia, no justifica de manera alguna el hecho que dicha conducta haya sido integrada como parte del sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica.

Como ha sido reiterado en diferentes oportunidades en la presente actuación administrativa, se encontró probado que el arrendamiento de los tanques de almacenamiento de propiedad de **MEXICHEM** y **QUIMPAC** en Cartagena y Barranquilla fue un tema discutido desde la reunión de Panamá en 2012 entre los sancionados, y formó parte del sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica en Colombia, como mecanismo de compensación de la empresa saliente y como herramienta para cerrar el mercado colombiano. Tan es así, que este Despacho puso de presente cómo se discutieron los términos del arrendamiento de forma conjunta entre los miembros del sistema acá sancionado.

Como prueba de lo anterior, se presentó la cadena de correos electrónicos iniciada el 30 de mayo de 2013 denominada "Asunto: RE: CONTRATO" entre **ADRIANA HERRERA ROZO** (Directora de Logística de **TRICHEM**), **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (empleado de **MEXICHEM MÉXICO**), **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**):

"De: Leonel Godoy

Enviado el: martes, 18 de junio de 2013 10:56 a.m.

Para: Adriana Herrera; [Juan.Arango@brinsa.com.co](mailto:Juan.Arango@brinsa.com.co); Maria del Pilar Duque

C.C.: Fernando Alfonso García Juárez

Asunto: RE: CONTRATO

Buenos días,

Agradecemos su respuesta respecto al contrato. Vamos a facturar el arrendamiento del mes de Junio y los servicios portuarios de la soda recibida el fin de semana pasado, según el mensaje anexo enviado por Fernando,

Leonel Godoy Herrera

Jefe Logística

Mexichem Derivados Colombia S.A.

(...)

De: Fernando Alfonso García Juárez

Enviado el: martes, 04 de junio de 2013 07:50 a.m.

Para: Adriana Herrera

CC: [Juan.Arango@brinsa.com.co](mailto:Juan.Arango@brinsa.com.co); Maria del Pilar Duque; Leonel Godoy

Asunto: RE: CONTRATO

Hola a todos, perdonen la demora, como les comenté estamos recibiendo unas operaciones fuera del país que nos tiene bastante restringido el tiempo. Copio a Leonel para tener una operación mucho más expedita y para que podamos firmar cuanto antes.

**Anexo los contratos y las tarifas que conforme a lo hablado, deberíamos aplicar a partir de la fecha:**

<sup>170</sup> Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Para. 17.

<sup>171</sup> Bailey, David. *Common Market Law Review, Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*, 49: 559-600, 2012. UK. P. 578.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)

La tarifa de 3500 sube porque realmente nosotros estaríamos pagando la parte correspondiente a renta y descargue de cada tonelada más su porcentaje de ganancia por el precio más la descarga (la verdad creo que no conviene).

Saludos

De: Adriana Herrera

Enviado el: jueves, 30 de mayo de 2013 01:07 p.m.

Para: Fernando Alfonso Garcia Juárez

CC: Juan\_Arango@brinsa.com.co; Maria del Pilar Duque

Asunto: CONTRATO

Estimado Fernando

Agradezco tu ayuda con el envío del contrato para revisión, según acordado en nuestra reunión de la semana pasada

Cordial Saludo,

Adriana Herrera Roza

Directora de Logística

Trichem de Colombia S.A.S.

(...)<sup>172</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

El texto del contrato mencionado en los correos anteriormente transcritos es el siguiente:

**ESPACIO EN BLANCO**

**ESPACIO EN BLANCO**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No. 14: "CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESPACIO EN TANQUE PARA ALMACENAMIENTO DE SODA CÁUSTICA"**

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	
ARRENDADOR	MEXICHEM DERIVADOS COLOMBIA S.A.
ARRENDATARIO	QUIMPAC
OBJETO	ARRENDAMIENTO DE TANQUE
VALOR	QUIMPAC
FECHA INICIO	QUIMPAC
FECHA TERMINACION	QUIMPAC

Este el ARRENDADOR y el ARRENDATARIO, arriba mencionados, se ha convenido en celebrar el presente CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESPACIO EN TANQUE PARA ALMACENAMIENTO DE SODA CÁUSTICA Y LA PRESTACION DE SERVICIOS DE LOGISTICA, el cual se regirá por la legislación Colombiana y las siguientes:

**CLAUSULA PRIMERA. OBJETO:** Por medio del presente contrato el ARRENDADOR otorga el arrendamiento de espacio al ARRENDATARIO, en el tanque de soda cáustica en el Anexo No. 1, con ubicación en **El Mirador** (en el cantón occidental para ser utilizado por el ARRENDATARIO) en la ciudad de Cartagena, Colombia, de conformidad con lo establecido en el presente contrato. Adicionalmente el ARRENDADOR presta el servicio de coordinación y logística en la recepción del producto reportado y despacho en vehículos asignados por el ARRENDATARIO y debidamente especificados y autorizados por la empresa responsable asignada y contratada, por el Arrendatario, para cumplir con toda la normatividad y condiciones de calidad del producto recibido y despachado, de conformidad con los términos y condiciones que se adjuntan al presente contrato como Anexo 3.

Parágrafo: Los anexos hacen parte integral del presente contrato.

**PARAGRAFO. UTILIZACION LEGITIMA DEL BIEN:** El espacio en el tanque objeto del presente contrato será utilizado exclusivamente por el ARRENDATARIO para el almacenamiento de Soda Cáustica Líquida, de conformidad con las especificaciones técnicas de los mismos, no pudiendo bajo ninguna circunstancia, ser cedida, prestada, subarrendada, o en cualquier otra forma utilizada, compartida, cedida, permitida su uso a terceros, o darle otra utilización, o modificar a su lugar destino de operación sin autorización previa y mediante escrito de el ARRENDADOR. Tampoco podrá el ARRENDATARIO modificar, intervenir o alterar de manera alguna interna o externamente los

terminales, inclusive en lo referente a partes, incorporaciones o embalses. Las causas anteriormente citadas, se entenderán para todo efecto legal o contractual como incumplimiento y dará lugar a dejar inmediatamente la restitución correspondiente.

El ARRENDADOR, será a cargo de El ARRENDATARIO, su procedimiento interno para la ejecución de la logística de carga y descarga.

**CLAUSULA SEGUNDA. TERMINO:** El presente contrato tendrá un término de duración de 1 año. Una vez vencido dicho término, el contrato se renovará automáticamente por un término igual al inicialmente pactado a menos que el ARRENDATARIO manifieste su intención de no prorrogarlo mediante comunicación escrita enviada a El ARRENDADOR con una antelación de no menos a tres meses. De embargo cualquiera de las partes podrá darle por terminado, en cualquier momento, mediante comunicación escrita enviada a la otra parte con una antelación de 15 días.

**CLAUSULA TERCERA. PRECIO:** El ARRENDATARIO pagará al ARRENDADOR, la suma de **QUIMPAC** MENSUALES mensual.

Adicionalmente, El ARRENDATARIO pagará a El ARRENDADOR la suma de USD **xxx** por cada Tonelada Métrica De Soda Cáustica derivada de la operación de despacho desde el Puerto de Clifitas y Derivados S.A.

Se adjunta como Anexo 2, los Datos Generales del puerto Clifitas y Derivados S.A.

El ARRENDATARIO deberá presentar a El ARRENDADOR los facturas debidamente diligenciadas y cumpliendo con los requisitos legales aplicables a este tipo de documentos. El ARRENDADOR se reserva el derecho de no cancelar aquellas facturas que a su juicio no cumplen con los requisitos legales.

Los valores respectivos se pagarán dentro de los treinta (30) días siguientes al cobro de los facturas por parte de El ARRENDATARIO.

**CLAUSULA CUARTA. RIESGOS DE LOS BIENES DADOS EN ARRENDAMIENTO:**

El ARRENDADOR, se responsabiliza por el siniestro, evaporación o cualquier eventualidad que tenga como consecuencia la pérdida parcial o total de producto almacenado en el tanque.

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>173</sup>.

De esta forma, este Despacho reitera que, según las pruebas obrantes en el Expediente, independientemente de razones adicionales por las cuales **QUIMPAC** haya decidido arrendar sus tanques de almacenamiento, el hecho es que dicha conducta fue incluida en el sistema anticompetitivo, razón por la cual debe ser sancionada, una vez analizada y valorada de manera conjunta con todos los demás elementos de prueba, y no de manera aislada como equivocadamente lo sugiere el recurrente.

Por todo lo anterior, no se tendrán en cuenta los argumentos presentados por **QUIMPAC** sobre este aspecto.

#### 4.3.2.3. Argumentos relacionados con las condiciones económicas del arrendamiento de los tanques de almacenamiento de propiedad de **QUIMPAC**

Para **QUIMPAC**, no se tuvieron en cuenta en la Resolución Sancionatoria las condiciones económicas del arrendamiento de sus tanques de almacenamiento. En especial, se pasó por alto que el precio ofrecido a favor de **BRINSA** y **TRICHEM** fue el más bajo en el mercado, lo cual no resulta ser lógico en el marco de un acuerdo anticompetitivo donde las partes buscan obtener rentas supra competitivas.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que no acoge los argumentos presentados, pues los mismos no presentan la potencialidad de justificar la conducta anticompetitiva del impugnante. Lo anterior, toda vez que debe tenerse en cuenta que esta Superintendencia nunca ha afirmado que el beneficio final obtenido por parte de **QUIMPAC** de la implementación del sistema anticompetitivo hubiere sido el arrendar unos tanques de almacenamiento a precios bajos a favor de **BRINSA** y

<sup>173</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo: "RE\_CONTRATO[2879573]". Ruta de acceso: 2017-288979-CLORO\2017-288979-CLORO\_2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**TRICHEM.** Por el contrario, en la Resolución Sancionatoria se dejó establecido de manera expresa que el beneficio obtenido por parte **QUIMPAC** del sistema anticompetitivo implementado en el mercado de soda cáustica, al igual que de la conducta sancionada en el mercado de cloro y sus derivados, fue el poder "determinar las condiciones del mercado (tales como qué clientes atendían y con qué descuentos obtenían los contratos para el caso de cloro, así como quiénes importaban el producto para el caso de soda cáustica), compartiendo información confidencial y librándose de las cargas de actuar en competencia por un periodo mayor a una década"<sup>174</sup>.

En este sentido, manifestar, como lo hace el recurrente, que el valor al que fueron arrendados los tanques de almacenamiento de su propiedad a favor de **BRINSA** y **TRICHEM** no reflejan una lógica anticompetitiva, se presenta como una afirmación limitada y aislada de los demás elementos de prueba. Pues si se tiene en cuenta que, como fue probado por este Despacho, el arrendamiento de los tanques de almacenamiento fue una conducta integrada dentro de un sistema anticompetitivo conformado por diferentes etapas y conductas, es posible concluir que el beneficio real obtenido por **QUIMPAC** no devenía precisamente de la renta mensual obtenida por dichos activos fijos, sino por el beneficio anticompetitivo que traía el cerrar el mercado de soda cáustica a nuevos competidores y limitar la libre competencia en el mismo.

Por este motivo, no serán de recibo los argumentos del impugnante sobre este punto.

#### **4.3.2.4. Argumentos relacionados con la falta de pruebas sobre la participación de QUIMPAC en la distribución de clientes y en la distribución de volúmenes de importación en el mercado de soda cáustica**

**QUIMPAC** manifestó en su recurso de reposición que de las pruebas mencionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, no puede evidenciarse que hubiere participado en la distribución de clientes anteriormente atendidos por **MEXICHEM** en el mercado de soda cáustica en Colombia. Tampoco puede evidenciarse que haya participado en la distribución de volúmenes de importación, pues **QUIMPAC** no importaba soda cáustica desde México.

Al respecto, este Despacho debe recordar que, según los elementos de prueba que obran en el Expediente, se acreditó la implementación de un sistema anticompetitivo acordado entre **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM**, conformado por las siguientes conductas: (i) definir y concretar de manera acordada y coordinada la salida de **MEXICHEM** del mercado de soda cáustica en Colombia; (ii) distribuir los volúmenes de importación de soda cáustica a Colombia, anteriormente atendida por **MEXICHEM**, entre **BRINSA** y **TRICHEM**; (iii) delimitar el origen y el vehículo de importación de la soda cáustica que sería importada a Colombia por parte de **BRINSA** y **TRICHEM** por los puertos del Atlántico y; (iv) utilizar ciertos activos fijos (tanques de almacenamiento) en Colombia de propiedad de **MEXICHEM** y **QUIMPAC** por parte de **BRINSA** y **TRICHEM**.

En este sentido, puede evidenciarse que el sistema anticompetitivo tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica estaba conformado por al menos cuatro (4) conductas independientes, que debían ponerse en marcha por las diferentes empresas, sin necesidad de que todas participaran en cada una de las conductas. No obstante, la efectiva aplicación de cada una de las actividades descritas conformaría el sistema anticompetitivo sancionado por esta Superintendencia.

En virtud de lo anterior, encuentra lógico este Despacho afirmar que no necesariamente todas las empresas sancionadas tendrían que haber participado en cada una de las conductas descritas anteriormente para poder establecer su participación en el sistema anticompetitivo. De esta forma, la salida del mercado era una conducta que solo correspondía llevar a cabo a **MEXICHEM**, así como la distribución de sus volúmenes de importación y clientes estaba en cabeza de **BRINSA** y **TRICHEM**. En este orden de ideas, la importancia y participación de **QUIMPAC** dentro del sistema anticompetitivo se concentró en el arrendamiento de sus tanques de almacenamiento, como fue mencionado en la Resolución Sancionatoria, conducta que fue discutida y acordada en el marco de las reuniones entre competidores en donde se aprobó la implementación del sistema reprochado por esta Superintendencia.

<sup>174</sup> Folio 5622R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 216).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, este Despacho encuentra importante mencionar que, tal y como ocurre con el tipo penal de concierto para delinquir<sup>175</sup>, en la implementación de un sistema anticompetitivo, en donde se sanciona la participación de los agentes de mercado en diferentes conductas tendientes a limitar la libre competencia en un determinado mercado nacional, es indiferente al momento de determinar la responsabilidad de dichos agentes el establecer si su participación abarcó la totalidad de conductas que conforman el sistema o solo parte de ellas. Así, respecto al tipo penal mencionado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

*"En cuanto a la comisión del referido comportamiento [concierto para delinquir] es suficiente acreditar que la persona pertenece o formó parte de la empresa criminal, sin importar si su incorporación se produjo al ser creada la organización o simplemente adhirió a sus propósitos con posterioridad, y tampoco interesan las labores que adelantó para cumplir los cometidos delictivos acordados"<sup>176</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En igual sentido, los tribunales especializados en materia de libre competencia a nivel internacional han entendido que el hecho que un agente económico no participe en todas las conductas que conforman un sistema anticompetitivo, no puede excusar a dicho agente de su responsabilidad, permitiéndole si acaso aspirar a una reducción de su multa de acuerdo a las diferentes normas vigentes. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó que:

*"En tercer lugar, el hecho que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado debe tomarse en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, cuando se determine la multa"<sup>177</sup>.*

En este sentido, en el presente caso quedó demostrado que **QUIMPAC** participó en las diferentes reuniones entre competidores del mercado de soda cáustica, tuvo conocimiento de la estructuración del sistema anticompetitivo así como que su participación, como arrendador de los tanques de almacenamiento, era indispensable para la implementación del mismo. Por este sentido, el hecho de que no haya participado en las demás conductas que conformaron el sistema, como lo fueron la distribución de volúmenes de importación o clientes en el mercado, es irrelevante para este Despacho.

Por este motivo, no se tendrán en cuenta los argumentos planteados por **QUIMPAC** en su recurso de reposición relacionados con el tema descrito

#### **4.3.2.5. Argumentos relacionados con la falta de efectos del sistema anticompetitivo en la participación de QUIMPAC en el mercado de soda cáustica**

**QUIMPAC** manifestó en su recurso de reposición que, a pesar de que en la Resolución Sancionatoria se estableció que uno de los objetivos del sistema anticompetitivo era impedir la entrada de nuevos competidores al mercado, sus importaciones se mantuvieron en el mismo porcentaje. Adicionalmente, existían otras empresas diferentes a las investigadas que realizaban importaciones a Colombia, lo cual demuestra que no se impidió la entrada de nuevos competidores.

Sobre este punto, este Despacho debe manifestar que, como se estableció en la Resolución Sancionatoria, "El objeto del sistema anticompetitivo fue el de limitar y disminuir la presión competitiva en el mercado de manera acordada y coordinada, con el objetivo final de que los principales agentes del mercado pudieran aumentar sus utilidades en el mismo"<sup>178</sup>. En este sentido, lo que buscaba la implementación de la conducta sancionada era equilibrar entre los principales agentes del mercado (**BRINSA**, **QUIMPAC** y **TRICHEM**) las participaciones de mercado, estabilizando de manera artificial la competencia en el mismo, de forma que se pudiera generar un aumento anticompetitivo en las utilidades de los participantes.

<sup>175</sup> Código Penal Colombiano – Ley 599 del 2000. "Artículo 340. **Concierto para Delinquir**: Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (108) meses (...)"

<sup>176</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia 11 de 2018, rad. 51779.

<sup>177</sup> Tribunal de Justicia Europeo, Sala Sexta. Sentencia 8 de julio de 1999, caso C-49/92 P. Para 90. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44311&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8701210>

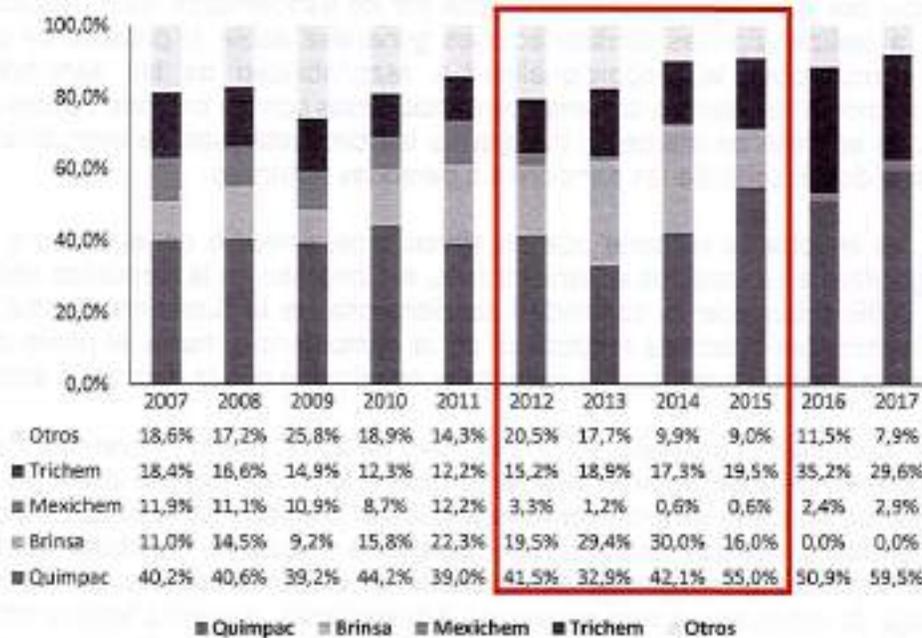
<sup>178</sup> Folio 5572 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 115).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este sentido, no se encuentra de recibo el argumento presentado por **QUIMPAC** respecto a que su participación en el mercado de soda cáustica no se vio acrecentada por la implementación del sistema anticompetitivo, pues este no era el objetivo principal del mismo. Por el contrario, este Despacho sí evidenció que con posterioridad a la reunión de 2012 en Panamá, y al menos hasta el año 2015, efectivamente disminuyó la presión competitiva en el mercado como resultado de lo acordado entre los sancionados, toda vez quedó demostrado que **(i) MEXICHEM** salió del mercado; **(ii) BRINSA** y **TRICHEM** aumentaron sus participaciones, hasta adquirir entre ambas empresas entre el 35% y 47% del mercado en los años siguientes; **(iii)** la participación de **QUIMPAC** en el mercado se mantuvo estable entre el 40 y 50% (con excepción del año 2013, en donde su participación disminuyó debido a la implementación de nuevas tecnologías en sus plantas de producción); y **(iv)** la participación de otros competidores (la cual nunca fue negada por esta Entidad) sufrió disminuciones significativas del 17 al 9%.

Todo lo anterior puede evidenciarse en la siguiente gráfica, la cual fue presentada en la Resolución Sancionatoria:

**Gráfica No. 3: Importaciones de soda cáustica en Colombia por parte de BRINSA, QUIMPAC, TRICHEM y MEXICHEM entre 2007 y 2017**



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>179</sup>

De esta forma, no cabe duda que durante el periodo investigado, la presión competitiva en el mercado de soda cáustica se vio disminuida, toda vez que entre **BRINSA**, **QUIMPAC** y **TRICHEM** ostentaron entre el 80 y 90% de dicho mercado, mientras que la participación de "otros" competidores se vio disminuida de manera sustancial.

Por este motivo, se encuentra probado que el objetivo principal del sistema anticompetitivo se cumplió y, por tanto, no se encuentran procedentes los argumentos de **QUIMPAC** sobre este punto.

#### 4.3.2.6. Argumentos relacionados con la supuesta calidad de facilitador de **QUIMPAC**

Finalmente, **QUIMPAC** manifestó en su recurso de reposición, que en caso que la Superintendencia de Industria y Comercio se mantuviera en su posición de afirmar la existencia de un sistema anticompetitivo, debía reconocer que **QUIMPAC** había participado en este, como máximo, en calidad de facilitador. Por esta razón, cualquier sanción en su contra debió haberse hecho con base en lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y no en el artículo 25 de la misma norma.

Este Despacho no encuentra sustento alguno en las afirmaciones realizadas por el impugnante, toda vez que, como quedó demostrado en la Resolución Sancionatoria y fue reiterado en diferentes aspectos en la presente Resolución, la participación de **QUIMPAC** estuvo relacionada con una de las

<sup>179</sup> Folio 667 del cuaderno RESERVADA DIAN No. 1 del Expediente. Archivo: "Importaciones superindustria y comercio".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

conductas parte del sistema anticompetitivo acordado entre los sancionados, a saber, el arrendamiento de los tanques de almacenamiento de soda cáustica en el norte del país.

Adicionalmente, **QUIMPAC** estuvo presente a través de varios de sus máximos directivos en los diferentes encuentros entre competidores, en los cuales se estructuró y se acordó implementar el sistema anticompetitivo, siendo un actor activo de este último y por tanto un agente de mercado infractor de las normas de libre competencia en Colombia. En este sentido, y teniendo en cuenta que el artículo 25 de la Ley 1340 establece que esta Superintendencia está en la obligación de imponer multas a cada infractor de las disposiciones sobre protección de la competencia, dicha norma es la aplicable para sancionar la conducta cometida por **QUIMPAC** en el mercado de soda cáustica en Colombia.

Por este motivo, no es de recibo el argumento de **QUIMPAC** sobre este aspecto.

#### **4.4. Consideraciones relacionadas con los argumentos presentados por los agentes de mercado frente a la dosificación de las sanciones impuestas**

Con el fin de responder a los argumentos planteados por los sancionados, este Despacho procederá, en primer lugar, a realizar algunas consideraciones generales sobre el proceso de dosificación de sanciones, así como sobre la proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones impuestas. Posteriormente, responderá aquellos argumentos relacionados con los criterios usados para el cálculo de las multas a los agentes de mercado, incluyendo las circunstancias de atenuación. Finalmente, hará referencia a la dosificación de las sanciones a personas naturales.

En primer lugar, es importante recordar que en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normativa anterior.

Así, el legislador colombiano consideró, en la Ley 1340 de 2009, que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían previamente (antes de la Ley 1340 de 2009), se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción **como represión al infractor** no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que pueden obtenerse mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la **necesidad de alcanzar un efecto disuasivo** para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad, que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de protección de la libre competencia económica<sup>180</sup>, columna vertebral de nuestra economía social de mercado.

Respecto del efecto disuasivo se encuentran las siguientes consideraciones en los antecedentes de la norma:

*"El proyecto propone un aumento de la multa o sanción pecuniaria que va desde el 100% al 150% de la utilidad obtenida con la conducta y en los casos en que no pueda ser determinada la utilidad se propone una multa hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Las modificaciones propuestas son considerables en términos del aumento de los valores y rangos, pero las considero suficientes y ajustadas a las dinámicas de los negocios que en la actualidad se desarrollan en nuestro país; **es conveniente resaltar la necesidad del establecimiento de potenciales multas que logren el efecto disuasivo para combatir las correspondientes conductas restrictivas de la competencia**"<sup>181</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Consecuencia de lo anterior, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, estableció los criterios para la determinación de los montos de las sanciones a agentes de mercado por prácticas restrictivas de la competencia. En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de

<sup>180</sup> Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007, Pág. 5.

<sup>181</sup> Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 340 del 10 de junio de 2008, Pág. 3. Adicionalmente, en cuanto a la necesidad de incrementar las multas a las personas que intervienen de manera activa o pasiva en el desarrollo de la conducta, la siguiente intervención del Senador Álvaro Antonio Ashton Giraldo resulta aún más dicente sobre el objetivo de disuasión perseguido con el incremento de las multas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

1992, estableció los criterios para la determinación de los montos de las sanciones a personas naturales y demás facilitadores por prácticas restrictivas de la competencia.

Con el fin de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera así como la actividad de cada persona en el mercado no es la misma, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"[E]n cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)"<sup>182</sup>. (Negrilla fuera de texto original).*

La discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga "un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción", como ha tenido la oportunidad de anotarlo el Consejo de Estado al expresar:

*"[L]a dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello **puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos**, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, **de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos** (...)"<sup>183</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **no** impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "razonamiento expreso y especial" sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la "valoración de la gravedad de los hechos".

Ahora bien, la Corte Constitucional se ha aproximado a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las sanciones administrativas de la siguiente forma:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma (...). Respecto de la sanción administrativa, **la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad**"<sup>184</sup>. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

En el sentido descrito por la Corte Constitucional, una de las formas en las que se puede dar cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad es teniendo en cuenta el patrimonio, criterio que además de estar expresamente previsto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, permite determinar que frente a las empresas y las personas naturales involucradas la sanción tenga el impacto apropiado.

<sup>182</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, rad. No. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

<sup>183</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. No. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

<sup>184</sup> Corte Constitucional, sentencia C-125 de 2003.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por todo lo anterior, es importante que al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deban considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de las mismas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas en el presente caso que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política<sup>185</sup> y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión<sup>186</sup> que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como que "violiar la ley paga". Por esta y otras razones, el criterio principal de aplicación en el presente caso fue el referente al patrimonio de los investigados, acompañado de los ingresos operaciones como variable financiera auxiliar y de verificación de la liquidez.

Es así como todos aquellos argumentos que tengan como base la comparación entre el sancionado y otro agente haciendo uso de un solo criterio de dosificación, tendientes a indicar que las sanciones impuestas resultaron desproporcionadas, no prosperarán ante este Despacho. Lo anterior, toda vez que, como ya se mencionó, el proceso de tasación de una multa tiene en cuenta múltiples dimensiones de manera simultánea— de tal suerte que pretender que las consideraciones realizadas en cada criterio coincidan para todos y cada uno de los sancionados es imposible.

Teniendo presente lo anterior, y aún si se aceptara que las comparaciones criterio por criterio son válidas y pertinentes, que se reitera no lo son, a continuación se presentarán las razones por las cuales este Despacho no acogerá las observaciones presentadas por los sancionados respecto de las sanciones impuestas.

#### 4.4.1. Argumentos relacionados con las sanciones impuestas a QUIMPAC

En primer lugar, QUIMPAC manifestó que su sanción debió ser liquidada con información de la declaración de renta de la empresa en 2014, que en su concepto fue el último año en que sucedieron las conductas investigadas, y con salarios mínimos legales vigentes en dicho año.

Al respecto, este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores<sup>187</sup> que la simple lógica, por utilizar las palabras del Consejo de Estado, indica que el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual legal vigente al momento de la imposición de la sanción. En efecto, sobre el particular el Consejo de Estado indicó que:

*"(...) Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, (...), **debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.***

(...)

*Considera esta Sala, que si bien la Ley (...) no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, **es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción** (...) pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese*

<sup>185</sup> Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

<sup>186</sup> Craycraft, C., Craycraft, J. y Gallo, J. "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay". Review of Industrial Organization 12. 1997. Págs. 171-183.

<sup>187</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resoluciones No. 103652 del 30 de diciembre de 2015 y 23157 de 2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*momento, máxime cuando en el sub iudice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante. (...)"<sup>188</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Conforme con la jurisprudencia anteriormente citada, resulta claro para este Despacho que el salario mínimo legal mensual vigente al que se refiere el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el correspondiente al momento de imponerse la sanción y no al momento de la ocurrencia de la infracción. De esta manera, el monto de la sanción impuesta a los recurrentes se ajustó a la ley y se encuentra dentro del límite establecido (incluso por muy debajo del tope legal).

Es así como en el presente caso se aplicó el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción, como lo ordena la ley, como lo ha hecho la Superintendencia de Industria Comercio en todos sus casos, como lo hacen todas las entidades públicas al momento de ejercer su función sancionadora y como lo dice la simple lógica, se reitera, por utilizar las palabras del propio Consejo de Estado. Por lo anterior, tampoco puede aceptarse que en atención a lo dispuesto en la sentencia C-394 de 2019 de la Corte Constitucional la sanción debe imponerse con salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la infracción, toda vez que en dicha providencia analizó decidió sobre la exequibilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y no sobre la norma aplicable al argumento del impugnante.

Al respecto, obsérvese que la propia Ley 1340 de 2009, al modificar el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que se refiere a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a las personas naturales por infracciones al régimen de libre competencia, se refiere expresamente a "*salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción*", lo que obviamente dentro de una interpretación armónica y sistemática de la normatividad obliga a concluir que tratándose de personas jurídicas también son salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Sostener lo contrario, como lo hacen algunos sancionados, no hace sentido alguno. Por las anteriores razones, este argumento debe ser desestimado.

Sobre la sanción impuesta por la infracción realizada en el mercado de cloro y sus derivados, **QUIMPAC** instó al Despacho a tener en cuenta los siguientes factores: (i) **QUIMPAC** no fue el instigador de la conducta; (ii) la conducta se extendió, según se desprende de testimonios, de varios acueductos que geográficamente se ubican donde coinciden mercados naturales de las empresas; (iii) del total de producción anual de cloro de **QUIMPAC** durante el periodo 2008-2018, aproximadamente el 11% era destino a los acueductos; (iv) se demostró que el precio del cloro en términos reales decreció; y (v) las ventas totales del mercado de cloro en Colombia fueron de 41 mil millones de pesos, lo que implica que la multa impuesta a **QUIMPAC** sea superior al 175% de las ventas en el mercado de cloro nacional en 2017 y superior al 204% de las ventas en 2018; y (vi) en el mercado de cloro, la multa representa el 55% del patrimonio líquido.

Respecto del papel de **QUIMPAC** como instigador o promotor de la conducta, y de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, este Despacho en ningún momento declaró dicha circunstancia y tampoco se refirió a esto en la dosificación de la sanción de la empresa. De hecho, de haberse reconocido que **QUIMPAC** era el instigador del cartel, esto hubiese sido circunstancia de agravación de la sanción impuesta.

Sobre el alcance geográfico de la conducta, este Despacho reitera lo indicado en la caracterización del mercado afectado por la conducta, descrito en el numeral 8.4.1.2. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria. Allí, esta Superintendencia concluyó que el alcance geográfico del mercado era nacional. Esto no desconoce que existiera una relación positiva entre la ubicación de las plantas de producción y la de los clientes lo que, como lo presentó la empresa, correspondería a los llamados mercados naturales de cada empresa. De tal manera, esta consideración ya fue tenida en cuenta por el Despacho en el análisis de la conducta.

En cuanto al porcentaje de producción dirigido a los acueductos, debe reprocharse el erróneo cálculo presentado por **QUIMPAC** en su recurso de reposición. Tal y como lo demostró la Delegatura en el Informe Motivado<sup>189</sup>, los acueductos representaron cerca del 50% de las ventas de cloro a nivel

<sup>188</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2014, rad. No. 44001-23-31-000-2008-00124-01.

<sup>189</sup> Folio 5064 de la carpeta SIC RESERVADA 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

nacional en 2017, con un promedio de 42,6% en el periodo comprendido entre 2007 y 2017. Adicionalmente, se recuerda que, si bien la conducta recayó principalmente sobre los acueductos, otros clientes directos también se vieron afectados por la misma.

Respecto de que, en opinión de **QUIMPAC** logró demostrarse que los precios en términos reales decrecieron, recuerda este Despacho a la sancionada que habiéndose probado el acuerdo de reparto de clientes entre esta y **BRINSA**, resulta innecesario un análisis sobre los precios reales, entre otras razones, porque el hecho de que los precios aumenten o disminuyan, en presencia de un cartel empresarial, puede deberse a factores exógenos al cartel, razón por la cual se equivocaría esta Superintendencia si atribuyera a la existencia del acuerdo cualquier movimiento en las variables de competencia del mercado.

Ahora bien, que la sanción impuesta por la infracción cometida en el mercado de cloro representa 175% de las ventas del producto en el mercado durante 2017 también resulta falso. Como muy bien lo indicó **QUIMPAC**, las ventas de cloro durante dicho año en el mercado nacional fueron superiores a 41 mil millones de pesos. Específicamente, equivalieron a \$41.827.144.158. Siendo esto así, es evidente que una sanción de \$41.571.423.200, que fue la impuesta a la empresa, representa apenas el 99% de dichas ventas. Este porcentaje pudiese seguir pareciendo alto. Sin embargo, se reitera que la conducta reprochada estuvo vigente en el mercado durante más de doce (12) años, razón por la cual, una multa como la impuesta resulta apenas necesaria para lograr un efecto de sanción y disuasión.

Finalmente, esta Superintendencia evaluó la sanción con respecto al porcentaje del patrimonio bruto de la empresa, siendo esta la variable contemplada en los criterios de dosificación dispuestos por la ley, así como, de manera auxiliar, revisó el patrimonio líquido y los ingresos operacionales de **QUIMPAC** con el fin de determinar su capacidad de pago y asegurarse que la multa no fuera confiscatoria.

Habiendo realizado todas las consideraciones anteriores, puede concluirse que, de forma adecuada y si resultaba pertinente para el ejercicio de dosificación de la sanción, esta Superintendencia sí tuvo en cuenta la información puesta de presente por **QUIMPAC** en su recurso de reposición.

Sobre la sanción impuesta por la infracción realizada en el mercado de soda cáustica, **QUIMPAC** también solicitó al Despacho tener en cuenta que: (i) la multa resulta ser desproporcionada en comparación con los ingresos que derivó la empresa por el alquiler de los tanques de almacenamiento; (ii) el alquiler de dichos tanques apenas representó ingresos por un poco más de 4 mil millones de pesos entre 2012 y 2015; (iii) la empresa no participó ni en la planeación ni en la ejecución de la conducta (iv) la conducta no tuvo la potencialidad de limitar la competencia; y (v) la multa representa el 23,65% del patrimonio líquido de la empresa.

En la medida en que en líneas anteriores ya fueron respondidos con suficiencia los argumentos en lo que respecta a la responsabilidad de **QUIMPAC** en la comisión de la infracción en el mercado de soda cáustica, así como los referentes al impacto de dicha conducta en el mismo, en este punto solo basta reiterar que, como fue probado por esta Superintendencia, **QUIMPAC** sí participó del comportamiento anticompetitivo por el que fue sancionado. En este sentido, no es cierto que la empresa no haya participado en la planeación ni en la ejecución de la conducta, ni que la misma no haya tenido la potencialidad de afectar la libre competencia en el mercado.

En lo referente a que la multa resulta desproporcionada si se compara con los ingresos que obtuvo la empresa por el arrendamiento de los tanques de almacenamiento, no puede olvidarse que, como se dijo anteriormente, si bien la empresa recibió una contraprestación por el alquiler de los tanques de almacenamiento, este no fue el único beneficio que recibió por participar en el sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica. A todas luces, el beneficio más importante obtenido por **QUIMPAC** fue la eliminación de uno de sus principales competidores en el mercado (**MEXICHEM**), hecho que redujo de forma importante la presión competitiva en el mismo. Por esta razón, asumir que la sanción debe estar directamente relacionada con los ingresos que percibió **QUIMPAC** por el arrendamiento de los tanques de almacenamiento es equivocado y dejaría por fuera el principal efecto que sobre el mercado tuvo la conducta anticompetitiva desplegada por los sancionados.

Así las cosas, este Despacho descarta los argumentos sobre la dosificación de cada una de las sanciones impuestas a **QUIMPAC** hasta este punto resueltos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otro lado, **QUIMPAC** presentó un ejercicio econométrico en el que comparó la sanción impuesta a la empresa con otras sanciones impuestas por esta Superintendencia en los últimos cinco (5) años. Lo anterior con el fin de demostrar que la multa es atípica, toda vez que no todos los criterios fueron tenidos en cuenta y, al tenerlos en cuenta, la sanción resultó desproporcionadamente alta respecto de otros investigados en el presente caso y en situaciones similares en el pasado.

Para este Despacho, dicha comparación, además de ser impertinente como ya se indicó, resulta ser infundada toda vez que brilla por su ausencia cualquier soporte o base de datos que liste o describa la información tenida en cuenta. No obstante lo anterior, y con el fin de garantizar que este Despacho tuvo en cuenta todos los argumentos presentados por el recurrente, a continuación se procederá a responder los mismos con la información que se encuentre explícita en el recurso presentado o disponible en el Expediente y pueda ser analizada por esta Superintendencia.

En esencia, el ejercicio econométrico consistió en que, para cada uno de los criterios previstos por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, **QUIMPAC** comparó la sanción que le fue impuesta en la Resolución Sancionatoria con diferentes sanciones, tanto impuestas en el presente caso a otros agentes, como con multas impuestas en otros casos en que agentes fueron sancionados por prácticas restrictivas comerciales.

Una primera falencia del ejercicio, que puede advertir este Despacho con la información disponible, es que en algunas de las comparaciones realizadas, **QUIMPAC** agregó las sanciones impuestas por sus conductas en dos mercados diferentes, el de cloro y el de soda cáustica. Dicha suma, que proviene de dos conductas diferentes, distorsiona significativamente el análisis, por cuanto la dosificación que realizó el Despacho en la Resolución Sancionatoria arrojó diferentes resultados para cada sanción. Y no era para menos, pues cada una de las sanciones correspondió a criterios relacionados con el impacto de cada conducta en el mercado, la dimensión del mismo, entre otros. Así, pretender demostrar que la sanción es desproporcionadamente alta, sumando ambas multas impuestas, resulta a todas luces impertinente.

La segunda falla metodológica presente en todas las comparaciones expuestas por **QUIMPAC** consiste en que cada una de las gráficas contiene una línea de tendencia, indicando relaciones lineales entre cada una de las variables comparadas en estas. Esto resulta equivocado toda vez que los casos utilizados para construir dicha relación no son comparables entre sí, ya sea porque la imputación jurídica fue diferente a la del presente caso, o porque los hechos, el mercado afectado y el impacto de la conducta, también fue diametralmente diferente entre los mismos.

Para ejemplificar el error en el que incurrió **QUIMPAC** al pretender comparar casos que no son comparables, a continuación se presenta una tabla que resume la imputación y el mercado afectado por cada una de las conductas sancionadas por esta Superintendencia, que pudieron identificarse sirvieron como insumo para los resultados de los ejercicios econométricos presentados por el recurrente. Se advierte, de nuevo, que no todos los agentes de mercado utilizados por **QUIMPAC** en sus ejercicios pudieron ser identificados toda vez que no existe en los anexos del recurso una lista de todos los agentes utilizados para tal fin.

**Tabla No. 3: Agentes de mercado Sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio referenciados en el ejercicio econométrico de QUIMPAC**

Agente de mercado	Resolución Sancionatoria	Conducta Sancionada	Mercado afectado
Familia (Papeles)	Resolución No. 31739 de 2016	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Papeles suaves
Kimberly (Papeles)			
Cartones y Papeles del Risaralda			
Papeles Nacionales	Resolución No. 43218 de 2016	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Pañales
Familia (Pañales)			
Kimberly (Pañales)			
Tecnoquímicas	Resolución No. 54403 de 2016	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Cuadernos
Kimberly (Cuadernos)			
Carvajal			
Scribe	Resolución No. 81391 de 2017	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Cemento
Holcim			
Cemex			
Argos			
Ingenio Providencia			Azúcar

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Agente de mercado	Resolución Sancionatoria	Conducta Sancionada	Mercado afectado
Ingenio La Cabaña	Resolución No. 80847 de 2015	Artículo 1 de la Ley 155 de 1959  Numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	
Ingenio Risaralda			
Manuelita			
Ingenio Pichichí			
Ingenio Carmelita			
Ingenio del Cauca			
Mayaguez			
Ingenio Riopaila Castilla			
Ingenio San Carlos	Resolución No. 14305 de 2018	Números 4 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992	Agua en Bloque
Empresa de Acueducto de Bogotá			
Nule*	Resolución No. 58961 de 2018	Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Contratos públicos de servicios de grúas y patios
Centinel	Resolución No. 19890 de 2017	Artículo 1 de la Ley 155 de 1959	Contratos públicos de seguridad privada
Starcoop			
Guardianes			

\* En la gráfica presentada en el folio 6225 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente, página 71 del recurso de reposición presentado por QUIMPAC, se identifica la Resolución No. 58961 de 2018 como "Nule". Sin embargo, no se hace explícito a qué agente de mercado sancionado en dicha resolución se hace referencia en particular.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

De la anterior tabla puede evidenciarse cómo, de los agentes de mercado que fue posible identificar en el ejercicio econométrico, solo en dos investigaciones, los mismos fueron sancionados por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, mismo artículo que infringió QUIMPAC en el mercado de soda cáustica, y ninguno de ellos por el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, artículo que se infringió en el mercado de cloro y sus derivados.

Ahora bien, si se analiza con mayor detalle la imputación fáctica de los casos de "Azúcar" y "Seguridad Privada", en los que se sancionó por la prohibición general, se evidencia que las conductas fueron completamente diferentes al sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica desarrollado por los sancionados en el presente caso.

Para el mercado del azúcar, la imputación de dicha prohibición versó sobre cómo, mediante la desnaturalización de un fondo de estabilización de precios los agentes lograron asignar cuotas de producción o suministro en el mercado de azúcar. En el caso de seguridad y vigilancia, el cargo se relacionó con procesos de contratación pública relacionados con servicios de seguridad privada en los que los agentes de mercado se hicieron pasar como competidores cuando no lo eran. De estas descripciones poco detalladas ya puede percibirse que tanto los mercados como las conductas en nada se parecen a lo sucedido en el mercado de soda cáustica, reprochado en la presente investigación.

Los demás casos que fueron utilizados por QUIMPAC en el ejercicio econométrico versan sobre conductas como fijación de precios y abusos de posición de dominio, entre otras, que jurídicamente son totalmente diferentes a las conductas aquí sancionadas. Por ende, es completamente claro que el ejercicio está comparando conductas diferentes, mercados con características particulares, involucrando en algunos casos procesos de contratación pública y agentes sancionados disímiles. Todo esto implica, una vez más, que el ejercicio sea completamente impertinente e incorrecto.

La tercera falla metodológica de los ejercicios presentados consiste en asumir la existencia de una relación lineal entre dos variables cuando reiteradamente se ha indicado que el ejercicio de dosificación de las sanciones es multivariado. Este supuesto lleva a que, como sucedió en el presente caso, la gran mayoría, por no decir la totalidad, de datos no se acomoden a la línea de tendencia calculada. Esto no indica entonces que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga sanciones de manera desproporcionada, por el contrario, lo que indica es que al tener en cuenta las particularidades de cada caso en el ejercicio de dosificación, las sanciones impuestas a cada agente sean acordes tanto a sus características financieras, como a la conducta reprochada, su participación en la misma, el mercado afectado, entre otros.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Habiendo puesto de presente las principales fallas del ejercicio econométrico, a continuación se analizará con mayor detalle cada una de las relaciones presentadas por **QUIMPAC** en su recurso de reposición.

La primera comparación realizada por **QUIMPAC** correspondió a las multas en salarios mínimos mensuales legales vigentes respecto del daño calculado por esta Superintendencia en diferentes escenarios. Con la misma, argumentó que la sanción impuesta a la empresa resultó excesiva comparada con la impuesta en conductas similares en las que esta Superintendencia realizó estimaciones de daño similares. Al respecto, indicó que no existió relación entre la multa impuesta y el impacto de la conducta en el mercado, en términos del beneficio obtenido por el infractor con la conducta.

Como pudo advertir este Despacho de la gráfica presentada por el recurrente<sup>190</sup>, la sanción impuesta a **QUIMPAC** fue comparada con las impuestas a **FAMILIA, KIMBERLY, HOLCIM**, entre otras no identificadas en el documento. Al respecto, es menester indicar, por un lado, que los supuestos fácticos detrás de las sanciones, e incluso la imputación jurídica realizada a los agentes de mercado, difiere en todos los casos mencionados. Se reitera que siendo esto así, las comparaciones entre los mismos no son adecuadas.

A lo anterior debe agregársele que el impacto en el mercado no es el único criterio que se consideró para dosificar cada sanción y que el recurrente parte de un supuesto equivocado al señalar que el daño potencial calculado en la Resolución Sancionatoria equivalente a 21 mil millones de pesos es exactamente igual al impacto de la conducta en el mercado.

Como se recalcó durante diversas ocasiones en la Resolución Sancionatoria, además de que el ejercicio realizado fue apenas ilustrativo, toda vez que se supuso un incremento en los precios del 10%, reconociendo el mismo como un escenario conservador, por falta de información disponible en el Expediente, el ejercicio pudo realizarse para un periodo de apenas 8 de por lo menos 12 años de duración de la conducta. Todo lo anterior lleva sin duda a que los resultados presentados se entiendan como una subestimación del daño verdaderamente causado por el acuerdo anticompetitivo.

En este sentido, mal haría el Despacho en tener en cuenta tal cifra como un *proxy* del impacto de la conducta en el mercado. Así, concluir que la sanción impuesta a **QUIMPAC** es superior que las demás sanciones impuestas por esta Superintendencia en función del daño realizado al mercado es incorrecto pues, además de las fallas generales advertidas, usa como variable de comparación un valor significativamente subestimado del daño sobre el mercado de cloro que ocasionó **QUIMPAC** con su conducta anticompetitiva.

En este argumento, **QUIMPAC** agregó que para las estimaciones presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio respecto del daño al mercado con la conducta, se tuvieron en cuenta las ventas totales de cloro sin considerar que solo un segmento de las mismas pudo ser potencialmente afectado por el cartel –el correspondiente a los clientes directos de los cartelistas–.

La anterior afirmación es equivocada. Como se indicó dos veces en la Resolución Sancionatoria, para la estimación de un daño potencial y subestimado de la conducta de **BRINSA** y **QUIMPAC** en el mercado de cloro se tomaron como cantidades en el cálculo "*las toneladas de cloro vendidas por las investigadas a clientes directos en el mercado*" (subraya fuera de texto original). Por lo anterior, el argumento presentado debe desestimarse.

La segunda comparación que presentó **QUIMPAC** consistió en el valor de las multas en salarios mínimos en función del tamaño del mercado afectado. Con la misma concluyó que tanto para el caso de cloro como para el de soda cáustica, las multas impuestas están al nivel de empresas que participan en mercados de mayor tamaño.

Frente al particular, se reitera que la dimensión del mercado afectado es apenas uno de los criterios que tuvo en cuenta esta Superintendencia para la dosificación de las sanciones. Es claro que mercados como el de azúcar tienen un mayor tamaño que los de cloro y soda cáustica. No obstante, existen variables como el patrimonio del infractor, el impacto de la conducta, la persistencia de la misma (no debe olvidarse que en el caso del mercado de cloro la misma tuvo una duración superior a 12 años) que implican que ambos casos no sean análogos. Por ende, que la sanción impuesta a

<sup>190</sup> Folio 8223 del cuaderno público cloro-soda No. 22 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**QUIMPAC** sea superior a la impuesta a otros agentes participantes en mercados de mayor tamaño no tiene implicación directa sobre la pertinencia de la misma.

La tercera comparación hace referencia al valor de la multa en salarios mínimos legales vigentes en función del patrimonio de la empresa. En esta comparación, **QUIMPAC** agregó ambas multas impuestas a la empresa y concluyó que su sanción es comparable solo con agentes de mercado que han reiterado un comportamiento anticompetitivo y mayor a otras empresas que han sido sancionadas por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Además de reiterar que ninguna de las empresas sancionadas por los artículos en mención se cartelizaron en los mismos términos en los que lo hizo **QUIMPAC** en los mercados de cloro y sus derivados o de soda cáustica, lo cierto es que si se desagregaran ambas multas, como es correcto, se observaría que la sanción impuesta a **QUIMPAC** por cada una de las infracciones no es una de las más altas impuestas por esta Superintendencia en los últimos años.

Por otro lado, es importante resaltar que la empresa se está comparando con agentes de mercado cuyas sanciones fueron iguales al valor máximo permitido por la ley, equivalente a (cien mil) 100.000 salarios mínimos. Fue este límite la única razón, como se expresó en las resoluciones que sancionaron a dichos agentes<sup>191</sup>, el que impidió que dichas multas fueran más altas y representaran mayor porcentaje de su patrimonio, como debió haber ocurrido. Así, que las multas representaran menos porcentaje del patrimonio que lo que representaron las impuestas a **QUIMPAC**, puede ser reflejo de los topes sancionatorios impuestos por la ley y no, como erróneamente lo interpretó el recurrente, por un equivocado proceso de dosificación de las sanciones. Este es un ejemplo más de las importantes limitaciones del análisis presentado por **QUIMPAC** en su recurso de reposición.

Posteriormente, **QUIMPAC** agregó que al relacionar la multa como proporción del patrimonio con el daño calculado por la Superintendencia de Industria y Comercio para el caso del mercado de cloro, puede encontrarse que la sanción impuesta al recurrente fue mayor que la impuesta ante infracciones igualmente graves con mayores daños calculados por la Autoridad.

Nuevamente, este argumento debe descartarse toda vez que, como ya se indicó, tener en cuenta el cálculo teórico realizado por este Despacho, que se aclaró múltiples veces era una subestimación del verdadero daño causado por el cartel, resulta erróneo. Siendo esto así, de haber tenido la Superintendencia de Industria y Comercio información completa para calcular el impacto de la conducta, la comparación presentada arrojaría resultados drásticamente diferentes a los presentados en el recurso de reposición.

Posteriormente, **QUIMPAC** aseveró que la Superintendencia de Industria y Comercio, al imponer una sanción a la empresa por su conducta en el mercado de cloro significativamente superior a otras sanciones impuestas a agentes de mercado con ingresos similares, se contradijo con lo que la misma Autoridad expuso en el documento **OCDE DAF/COMP/GF (2016)6**, en el que indicó el ingreso total de la empresa sancionada debe tener una relación positiva con la multa.

A manera de ejemplo subrayó el caso de **HOLCIM**, empresa con una multa similar en salarios mínimos a la impuesta a **QUIMPAC**, pero con ingresos significativamente mayores. También presentó el caso de varios ingenios azucareros quienes, con ingresos similares a los de **QUIMPAC**, fueron sancionados con multas en salarios mínimos menores a la impuesta a la recurrente.

En esta misma línea, agregó que al analizar los criterios de dosificación de sanciones de otras autoridades de competencia de jurisdicciones de la **OCDE**, podría determinarse que la multa impuesta a la empresa habría sido inferior en la mayoría de estas jurisdicciones<sup>192</sup>.

Frente a este punto, es importante hacer énfasis en que si bien esta Superintendencia ha tenido en los últimos años la práctica de revisar los ingresos de los agentes de mercado al momento de imponer las sanciones por prácticas restrictivas de la competencia, los mismos no corresponden a un criterio de dosificación de las multas, conforme lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Tal y como lo ha señalado esta

<sup>191</sup> Ver, a manera de ejemplo, las Resoluciones No. 43218 y 31739 de 2016 y 81391 de 2017.

<sup>192</sup> Teniendo en cuenta el límite superior que imponen las leyes de competencia de cada jurisdicción para las sanciones a imponer, estas hubiesen sido menores en jurisdicciones como la Unión Europea, Italia, Alemania, Holanda, Portugal, Reino Unido, Francia, Japón, Corea del Sur, México, Eslovenia y España.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Superintendencia en múltiples ocasiones<sup>193</sup>, los criterios de dosificación son aquellos que indica la Ley, sin embargo, los ingresos de los investigados son tenidos en cuenta como criterio auxiliar o complementario justamente para permitir al Despacho asegurarse de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que las sanciones pecuniarias no fueran confiscatorias o expropiatorias y garantizar la capacidad de pago de los infractores.

Habiendo puesto de presente lo anterior, no es procedente realizar un análisis de las multas en función de los ingresos de los agentes de mercado para indicar que el ejercicio de dosificación de las mismas no fue adecuado, toda vez que los ingresos no son una variable que deba considerarse para tal fin.

Ahora bien, respecto del documento **OCDE DAF/COMP/GF (2016)6**, es menester indicar que: (i) no es cierto, como lo indicó **QUIMPAC** que en dicho documento se señale que los ingresos de las empresas tienen una relación positiva y lineal con la multa; (ii) la fuente de la información en lo que respecta a Colombia es un documento presentado por esta Superintendencia ante el Foro Latinoamericano de Competencia en 2013; (iii) cuando se revisa el anterior documento puede evidenciarse que el mismo hace referencia a una metodología interna desarrollada por el Despacho del Superintendente para ser implementada en un futuro próximo; (iv) no existe evidencia de que dicha metodología haya sido efectivamente implementada –principalmente porque hacía referencia a criterios no dispuestos en la ley–; y (v) incluso de haberse implementado, la misma en ningún escenario construye una relación directa y lineal entre la sanción a imponer y los ingresos de las empresas, toda vez que tiene en cuenta, además del valor de las ventas de la compañía en el mercado afectado, una serie de variables idiosincráticas, que impide la existencia de una relación tan sencilla como la que pretendió plantear **QUIMPAC** a lo largo de su recurso de reposición.

Así las cosas, ni las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria riñen con lo dispuesto en las contribuciones de esta Superintendencia ante organizaciones multilaterales como la **OCDE**, ni resultan de un proceso de dosificación en donde no se hayan considerado todos los criterios dispuestos en la ley. De tal manera, el argumento debe ser desestimado.

En línea con lo anterior, no es admisible para este Despacho que el sancionado apele a legislaciones de otras jurisdicciones para afirmar que la multa impuesta resulta ser desproporcionada. Debe señalarse que, comoquiera que la conducta fue realizada y afectó el mercado colombiano, la única normativa que puede considerarse en este caso para la dosificación de las sanciones debe ser la colombiana. Por tal razón el argumento se descarta por impertinente.

Continuando con el ejercicio comparativo de **QUIMPAC**, la empresa argumentó que, si el modelo fuera no discriminatorio, se esperaría que a conductas de duración similar se les impusieran multas relativas similares, controlando por el tamaño del patrimonio de las empresas. Concluyó que, en el presente caso, a **QUIMPAC** se le aplicó un estándar menos que proporcional, haciendo que su sanción impuesta, como proporción de su patrimonio, sea superior que aquella a empresas que han reiterado sus conductas anticompetitivas.

Para este Despacho este ejercicio es una muestra más del supuesto, a todas luces impertinente y equivocado, del que partió **QUIMPAC** para llegar a tales conclusiones. Esta Superintendencia no desconoce que, *ceteris paribus*, dicha afirmación pueda ser cierta, sin embargo, no solo debe controlarse por el patrimonio, sino por los demás criterios tenidos en cuenta, tales como la gravedad e impacto de la conducta en el mercado, dimensión del mismo, conducta procesal del agente, entre otros. Es así como, al no cumplirse el principal supuesto, dicha afirmación pierde validez. Por tal razón, el argumento no es de recibo de este Despacho.

**QUIMPAC** también presentó algunos análisis respecto de la relación entre las sanciones impuestas a la empresa y los criterios de atenuación o agravación de las mismas, previstos en el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009: la persistencia de la conducta, la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia y la colaboración con la Autoridad en la investigación.

Debe llamarse la atención sobre el hecho de que estas son circunstancias que ajustan, de forma positiva o negativa, el monto inicial calculado de las sanciones, de modo que, al partir de multas base

<sup>193</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 69906 de 19 de octubre de 2016 y Resolución No. 23157 de 2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

distintas, no puede compararse el valor final de las sanciones entre aquellos agentes de mercado a los que esta Autoridad les ha agravado o atenuado la sanción.

Particularmente, respecto de la colaboración con la Autoridad en el conocimiento o investigación de la conducta, **QUIMPAC** manifestó que no se tuvo en cuenta que la empresa colaboró en la investigación al no definir ninguna dilación injustificada, permitir la adecuada práctica de pruebas, en línea con el principio de buena fe procesal. En este sentido, aseveró que debería recibir el mismo trato que otros investigados que recibieron beneficios de hasta del 15% en la presente investigación.

Respecto de la conducta procesal de **QUIMPAC** y las personas naturales relacionadas con la empresa y su valoración, es importante enfatizar en que el hecho de que los sancionados hayan ejercido su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas, pues su comportamiento procesal apenas se limitó a cumplir con sus obligaciones legales, con lo cual aportar documentos y presentar declaraciones es apenas lo que se espera de cualquier agente en el marco de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia. Incluso, en algunos casos –como en los requerimientos de información– estos comportamientos resultan ser responsabilidades de obligatorio cumplimiento por parte de los agentes investigados, con lo cual no podrían en ningún caso representar algún beneficio por comportamiento procesal o colaboración con las autoridades. Así las cosas, la valoración de su conducta procesal de forma neutra es la adecuada para el comportamiento observado de los sancionados durante la totalidad de la actuación administrativa.

Ahora bien, **QUIMPAC** no puede pretender comparar su conducta procesal con la de un investigado como **TRICHEM** quien, además de asistir a todas las declaraciones y aportar los documentos requeridos por esta Superintendencia, como es su deber, aceptó los cargos imputados a la empresa, y a las personas naturales relacionadas con la misma. Este hecho redujo por completo la incertidumbre sobre su responsabilidad y contribuyó a la eficiencia de esta Autoridad durante el desarrollo de la investigación. De modo que resulta impertinente para **QUIMPAC** procurar un descuento igual al de un agente de mercado que se allanó a los cargos, cuando durante toda la investigación se dedicó a negar su participación, e incluso la existencia de las conductas reprochadas, lo cual, sobra decir, era su derecho y no se reprocha de ninguna manera, pero no puede considerarse como una colaboración con la Autoridad.

Finalmente, **QUIMPAC** presentó un conjunto de argumentos encaminados a recalcar que las sanciones impuestas resultan ser confiscatorias. En primer lugar, señaló que las mismas imponen una carga excesiva, toda vez que representan el 78,8% del patrimonio líquido de la empresa y un incremento de la deuda equivalente a 26,7% de la misma en 2018. En segundo lugar, indicó que con el nivel de endeudamiento requerido para pagar la multa, la empresa se vería excluida a participar de varias licitaciones por no cumplir con los indicadores financieros usuales en los pliegos de condiciones. Puntualizó que, simulando el escenario con la multa actualmente impuesta, el índice de liquidez de la empresa sería 0,92, cuando varios procesos piden valores superiores a 1 y el índice de endeudamiento sería 0,75, siendo el común solicitado en los pliegos de condiciones un índice menor a 0,7. De igual manera, aseveró que tal situación resultaría en que el delator tendría, como premio adicional, ser monopolista por lo menos por un periodo, en el mercado de cloro. Finalmente, sostuvo que por ingresos totales, las multas totales están por encima del límite de 10% en 2018 y la de cloro está en más de 12% de los ingresos totales.

Teniendo en cuenta los argumentos sobre la información financiera presentados por **QUIMPAC**, este Despacho procederá a revisar la misma y ajustar la sanción impuesta a la empresa.

#### 4.4.2. Argumentos relacionados con las sanciones impuestas a **TRICHEM**

**TRICHEM** indicó que pese a que a la empresa se le reconoció un descuento por colaboración con la Autoridad, la multa impuesta no refleja dicho beneficio en la medida en que resulta ser análoga a la impuesta a **MEXICHEM**, quien no realizó gestión de eficiencia alguna. En este sentido, manifestó que la sanción impuesta a **TRICHEM** fue equivalente al 5% de los ingresos de 2018, mientras que la impuesta a **MEXICHEM** fue del 4,2% de sus ingresos del mismo año.

Frente al particular, este Despacho reitera que un análisis sobre una de las muchas variables a considerarse en el proceso de dosificación de una sanción resulta ser incorrecto toda vez que dicho proceso responde a una multiplicidad de factores. Así, indicar que su sanción resulta ser mucho más alta, analizando únicamente los ingresos, es a todas luces equivocado. Un ejemplo de esto es que, si por el contrario **TRICHEM** comparara las multas impuestas como proporción del patrimonio de las

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

empresas, criterio principal de aplicación para garantizar que las multas no resulten confiscatorias pero tampoco irrisorias, la empresa sancionada encontraría que, sin el descuento, ambas correspondieron al 6% del patrimonio de cada una, de modo que, habiéndose otorgado el 15% de descuento, en efecto la sanción de **TRICHEM** resulta ser menor que la de **MEXICHEM**. De nuevo, el anterior análisis debe considerarse incompleto, toda vez que existen otros factores diferenciadores de la conducta de ambas empresas que impiden hacer comparaciones en las sanciones utilizando un único criterio.

Por lo anterior, este Despacho reitera que el ejercicio de dosificación de la sanción impuesta a **TRICHEM**, así como el posterior descuento otorgado fue el adecuado, por lo cual se abstendrá de modificar dicho valor.

#### 4.4.3. Argumentos relacionados con las sanciones impuestas a **MEXICHEM**

En primer lugar, **MEXICHEM** manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio nunca determinó el impacto de la conducta reprochada en el mercado. Al respecto, agregó que, si como lo indicó el Despacho, el beneficio para **MEXICHEM** fue el alquiler de los tanques, entonces no tuvo en cuenta que el mismo no superó los 12 mil dólares anuales como rentabilidad total.

Frente a este argumento es importante resaltar que, tal y como lo indica **MEXICHEM**, y como ya se indicó en líneas anteriores, uno de los beneficios directos que recibió la empresa por participar en el sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica, en efecto, fue la contraprestación por el alquiler de los tanques de almacenamiento. No obstante, este no fue el único.

Como se indicó anteriormente y en la sección de la Resolución Sancionatoria en la que se analizó la conducta, también se tuvo en cuenta el hecho de que con la misma se eliminó a **MEXICHEM** del mercado de comercialización, con todos los efectos que esta eliminación tiene sobre el nivel de competencia en el mercado, pero garantizando que las empresas restantes, también participantes en la conducta anticompetitiva, mantuvieran sus importaciones de producto de **MEXICHEM MÉXICO**, a través de **TRICON**. Lo anterior redujo la incertidumbre y le garantizó a **MEXICHEM** y **MEXICHEM MÉXICO** seguir colocando su producto en el mercado, aunque de manera indirecta. Es decir, garantizar que tanto **TRICHEM** como **BRINSA** se comprometieran a abastecerse únicamente de **MEXICHEM MÉXICO** fue un beneficio significativo que obtuvo **MEXICHEM** como contraprestación a su salida del mercado de comercialización en Colombia.

Ahora bien, el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio no haya cuantificado dicho impacto indirecto, que además no tiene la obligación de hacerlo, no significa que deba desconocerlo. Asumir que el único beneficio que tuvo **MEXICHEM** con la conducta fue el valor de alquiler de sus tanques de almacenamiento sería subestimarlos significativamente y desconocer que con la conducta la empresa garantizó el envío de soda cáustica a Colombia a través de otras de las empresas involucradas en el comportamiento anticompetitivo, eliminando así incertidumbre en sus ventas hacia Colombia.

En segundo lugar, **MEXICHEM** señaló que el negocio de soda cáustica reportó a la empresa una rentabilidad muy baja, con un EBITDA promedio de 50 mil dólares para unas ventas de apenas 7 mil millones de pesos en 2011, siendo este el mejor de los años. Afirmó que dicho negocio fue apenas una séptima parte de la utilidad bruta de la empresa.

Al respecto, es importante empezar por señalar que variables como el EBITDA y la utilidad bruta no pueden, ni deben ser entendidas como parte de los criterios de dosificación de sanciones toda vez que, por un lado, no están dispuestos como tal en la ley, y por otro, para que las multas resulten efectivas y disuasorias, no pueden provenir de las utilidades que tienen las empresas. En este sentido, si bien este Despacho tiene en cuenta la información financiera como reflejo de la capacidad de pago de las empresas, lo cierto es que los excedentes que obtienen de participar en el mercado no pueden ser el punto de partida para establecer el monto de las multas a imponer. Si esto fuera así, la sanción no sería un incentivo para que los agentes dejen de cometer infracciones al régimen o, en un principio, prefieran no cometerlas. Así las cosas, este argumento debe descartarse.

Por otro lado, sobre la dimensión del mercado y las ventas de soda cáustica de **MEXICHEM**, agregó que la dimensión del mercado debe entenderse desde la realidad de cada empresa, es decir, las ventas equivalentes a apenas 7 mil millones de pesos, y no basarse en una cifra global de ventas de 112 mil millones de pesos anuales.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Frente a este punto, este Despacho considera que **MEXICHEM** partió de un entendimiento incorrecto del criterio relacionado con la dimensión del mercado. Es importante enfatizar en que algunos de los criterios dispuestos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2143 de 1992, tales como el impacto de la conducta en el mercado y la dimensión del mismo, corresponden a criterios que, para el caso en que los agentes realicen una misma conducta, resultan difícilmente individualizables.

Como se ha reflejado en esta y en varias decisiones de esta Superintendencia, el criterio de dimensión del mercado afectado hace referencia al valor y la importancia del mercado que está siendo afectado o potencialmente afectado por la conducta. Es decir, lo que pretende este criterio es determinar la importancia que una conducta anticompetitiva tendría sobre un mercado, de acuerdo con las características del mismo –tales como su tamaño–. En este sentido, mal haría la Superintendencia de Industria y Comercio en dimensionar el tamaño del mercado de forma diferente para cada una de las empresas, teniendo en cuenta variables propias de cada una de ellas, toda vez que el mercado afectado es el mismo.

Ahora bien, si lo que buscaba **MEXICHEM** al esgrimir su argumento era que se tuviera en cuenta su participación en el mercado, como *proxy* del tamaño del negocio de soda cáustica para la empresa, este análisis corresponde en mayor medida al criterio sobre la cuota de mercado de la empresa infractora. En este criterio sí debe evaluarse el tamaño individual de cada uno de los infractores, así como su participación en el mercado, tal y como se hizo en la Resolución Sancionatoria. En este sentido, este Despacho sí tuvo en cuenta que **MEXICHEM** tuvo una participación de apenas 6,6% en el mercado antes de su salida, cifra que se corresponde con considerar que, de un mercado de 112 mil millones de pesos, la empresa participaba con poco más de 7 mil millones. Por tal razón, el argumento presentado por **MEXICHEM** resulta impertinente.

Por otro lado, **MEXICHEM** afirmó que las ventas de soda cáustica representaron tan solo una sexta parte de las totales de la empresa y que esto debería tenerse en cuenta en la dosificación de la sanción.

Al respecto debe indicarse que tal y como se mencionó anteriormente, las ventas de soda cáustica de las empresas fueron tenidas en cuenta de forma indirecta en el criterio relacionado con su participación de mercado en el que se establecieron tanto el tamaño total del mercado, como las ventas del producto por parte de la empresa de manera previa a la materialización de su salida del mercado. Ahora bien, la sanción impuesta representa apenas el 17% de las ventas de **MEXICHEM** de soda cáustica en 2011, que como lo indicó la empresa fueron superiores a 7 mil millones de pesos en un año anterior a la salida de la empresa del mercado. Este porcentaje refleja que el monto estuvo lejos de ser desproporcionado, más aún si se tiene en cuenta que con la conducta, que duró mucho más que un año, los agentes lograron cambiar de forma significativa y casi permanentemente la estructura del mercado.

Sobre el criterio relacionado con el grado de participación de **MEXICHEM** en la conducta, la recurrente aseveró que su participación activa no se vio materializada en elementos que confirmaran la dureza de la misma, a diferencia del caso de **BRINSA** en el que se tienen pruebas de que la empresa planeó, creó, promovió y controló el comportamiento anticompetitivo.

Este argumento no es de recibo por este Despacho por dos razones. En primer lugar, porque es a todas luces impertinente pretender que de la comparación entre su actuar y el de **BRINSA** pueda derivarse la ausencia de responsabilidad de **MEXICHEM**. Si bien es cierto que el grado de participación de las empresas fue diferente, también lo es que el hecho de que alguno haya tenido un papel más protagónico en la conducta no desdibuja la infracción del otro. Adicionalmente, es importante recalcar que, toda vez que la conducta anticompetitiva fue integrada por diferentes comportamientos de los agentes de mercado en momentos de tiempo diferentes, el grado de responsabilidad de **BRINSA** no puede ser comparable con el de **MEXICHEM**.

En segundo lugar, porque como ya quedó acreditado tanto en la Resolución Sancionatoria como en el presente acto administrativo, **MEXICHEM** sí tuvo una participación activa en la realización de la conducta anticompetitiva. Contrario a lo indicado por la recurrente, este Despacho sí contó con respaldo probatorio suficiente para afirmar que la participación de **MEXICHEM** en el desarrollo de la conducta fue activa. Existieron correos electrónicos entre funcionarios de **MEXICHEM** y las demás empresas sancionadas y reuniones presenciales a las que asistieron representantes de **MEXICHEM** y de **MEXICHEM MÉXICO** en donde se concertaron compromisos en el marco de la conducta, entre otras pruebas que se han discutido extensivamente. Así, no es cierto que para probar el grado de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

participación de la empresa este Despacho se haya basado solamente en una afirmación carente de materialización.

#### **4.5. Consideraciones relacionadas con los argumentos presentados por las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado**

##### **4.5.1. Consideraciones frente a los argumentos presentados por las personas naturales vinculadas a BRINSA**

###### **4.5.1.1. Argumentos relacionados con la exclusión de JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO (Gerente General de BRINSA, 2013-2016), LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA) y GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA) del PBC**

En la medida en que los beneficios derivados de la colaboración de **BRINSA** con esta Superintendencia le serán regresados, lo mismo debe ocurrir con los beneficios de los facilitadores que fueron coherentes y consistentes con sus versiones de los hechos y con las demás pruebas obrantes en el Expediente y que colaboraron en el curso de la investigación.

Además, no se encuentra que estos investigados hubieren incurrido en alguna de las causales consagradas en el artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015 para no hacerles extensivos tales beneficios.

Consecuentemente, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.2.1. y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo citado, los beneficios que serán otorgados a **BRINSA** se extenderán a **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO** (Gerente General de **BRINSA**, 2013-2016), **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) y **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**).

Por ende, este Despacho no se referirá a los argumentos presentados por estos investigados en sus respectivos recursos de reposición.

###### **4.5.1.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la exclusión de JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA)**

En este acápite este Despacho dará respuesta a los argumentos presentados por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) en su recurso de reposición, a través del cual busca que esta Superintendencia le retorne los beneficios derivados del **PBC**.

Para sustentar su solicitud, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) refirió que (i) fue consistente y congruente en sus declaraciones, especialmente con el hecho de que lo ocurrido en **EMCALI** fue evidencia de la continuidad del acuerdo; (ii) los contextos bajo los cuales la Delegatura le hizo las preguntas que dieron lugar a las supuestas respuestas contradictorias fueron diferentes; (iii) nunca habló de los efectos del acuerdo anticompetitivo, siempre se refirió a las desviaciones del mismo; (iv) **QUIMPAC** incurrió en falacias respecto de los hechos acontecidos en los procesos de contratación de los acueductos de Cartagena y Barranquilla; (v) en ningún momento ha solicitado la declaratoria de caducidad; (vi) ha participado de manera activa y colaborativa en el proceso; (vii) siempre ha reconocido su participación en el acuerdo; (viii) no cuenta con los conocimientos técnicos ni jurídicos para sugerir la caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad motivo por el cual no actuó con mala fe cuando refería que no era abogado de competencia; (ix) la carga de la valoración de sus declaraciones correspondía a la Autoridad; (x) era lógico que, de acuerdo con el cargo ocupado, la versión de cada funcionario de **BRINSA** fuera distinta; (xi) las inexactitudes en sus declaraciones son naturales y concomitantes a la naturaleza humana y a la espontaneidad del testimonio; y (xii) en ningún momento ha existido la intención de malograr la investigación.

Como respuesta a lo anterior, debe reiterarse que este Despacho no desconoce la calidad del investigado como facilitador de **BRINSA** en las conductas contrarias a la libre competencia. Por ende, en principio, de conformidad con lo señalado por el artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015 y lo establecido en el numeral 4.2.1. del presente acto, debería correr con la misma suerte que los demás facilitadores a quienes se les extenderán los beneficios otorgados al delator, en los términos de la presente Resolución. Sin embargo, se encuentra acreditado que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien fue delegado por **BRINSA** para que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

esclareciera los hechos y la duración del comportamiento anticompetitivo en el mercado de cloro y sus derivados –adicional a las pruebas documentales aportadas–, controvirtió abierta y manifiestamente su declaración rendida en el marco de la delación y las pruebas aportadas por el delator en la etapa de investigación. Por tal motivo, como pasa a explicarse, no es posible hacerle extensivos los beneficios de **BRINSA**.

Debe recordarse que el papel desempeñado por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) fue determinante en la ejecución del acuerdo anticompetitivo en el mercado de cloro y sus derivados, motivo por el cual era predicable que conociera las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo a la perfección. Esto por cuanto era **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** el funcionario del nivel ejecutivo que en **BRINSA** se encargó del acuerdo. En este sentido, la exigencia frente a este funcionario debía ser mayor de acuerdo a su rol dentro de la dinámica restrictiva de la competencia.

Es por esta razón que el Despacho reiterará lo establecido en el numeral **DÉCIMO SEGUNDO** de la parte considerativa de la Resolución No. 57600 de 2019, en donde se explicaron con suficiencia las evidentes contradicciones en las que incurrió **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) y por las cuales no es posible hacerle extensivo el beneficio que se otorgará a **BRINSA** en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015.

En efecto, se acreditó que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) en la última audiencia de ratificación incurrió en contradicciones graves en cuanto a la extensión o duración del acuerdo en el mercado de cloro y sus derivados, frente a lo que había declarado en la audiencia surtida en el trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración. Lo mismo ocurrió en la declaración rendida durante el periodo de investigación en junio de 2019.

De cada una de estas declaraciones vale la pena resaltar los siguientes hitos, los cuales serán comparados antes y después de la suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración, para demostrar por qué motivo el comportamiento de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) configuró una conducta reprochable por esta Entidad y no permitió que se le concedieran los beneficios derivados del Convenio, en virtud de lo señalado en el artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015. Estos fueron los siguientes: (i) proceso de contratación del acueducto de Cartagena; (ii) proceso de contratación de **EMCALI**; y (iii) después de que **BRINSA** resultó adjudicataria del contrato de **EMCALI**.

Frente al primer hecho, en el trámite de la delación **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) –el 18 de octubre de 2017– manifestó que:

*"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI: Sale entonces, de todas maneras, la relación con ellos estaba pues deteriorada y sería lo que marca como el rompimiento de esa relación. Es el 26 de febrero, es así como la forma que nos desconecta de ellos totalmente. Es el 26 de febrero de 2014 y viene la licitación de Cartagena. Cartagena era un acueducto que siempre siempre había tenido **QUIMPAC**, **BRINSA** no tenía ese acueducto. Entonces, como nuestro distribuidor para cloro en la costa es **PQP** porque **PQP** tiene planta y bodegas en Barranquilla y para uno atender pues una distribución de cloro como esas tiene que tener un lugar dónde acopiar el cloro"<sup>194</sup>.*

(...)

*"DELEGATURA: Frente a esa adjudicación de este acueducto de Cartagena, ¿hubo alguna comunicación de parte de **QUIMPAC** con ustedes?"*

***JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI: No, ni para Barranquilla cuando lo perdimos nosotros ni para Cartagena cuando nosotros lo ganamos hubo ninguna comunicación, ni antes, ni durante, ni después.** Es decir, ellos tampoco llamaron a quejarse qué está haciendo, por qué se quitó, por qué se perdió, o sea ellos entendían, es que yo les había dicho de mil maneras, yo no puedo hablar más con ustedes, o sea esta situación a mí me pone mal, no me deja dormir, esto no está bien, esto no lo debemos hacer, todos no debemos hacer esto. Pero, no hubo ninguna comunicación ni antes ni después. Pero, no obstante eso, a mí me daba miedo. A mí me daba miedo la amenaza de ellos de que nos iban a quebrar. A mí*

<sup>194</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091". Min. 32:25.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*me daba miedo esa amenaza. O sea, yo era prudente, cuando yo digo prudente era temeroso en ir por más clientes. No era agresivo porque me daba más miedo, me daba miedo. Miedo pues en el negocio, no miedo pues en lo personal específicamente"<sup>195</sup>.*

Como se observa, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) manifestó que (i) el 26 de febrero de 2014 ocurrió un hecho que "desconectó" a **BRINSA** de **QUIMPAC** en relación con el acuerdo anticompetitivo, por cuanto (ii) **BRINSA** presentó una propuesta competitiva, violando el acuerdo, al acueducto de Cartagena, (iii) **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** no tenía la voluntad de continuar en el cartel, sin embargo, (iv) temía las represalias que **QUIMPAC** pudiera tomar en contra de **BRINSA** por haberles "arrebataado" el acueducto de Cartagena, incumpliendo el pacto ilegal.

A pesar de haber indicado que para febrero-marzo de 2014 **BRINSA** y **QUIMPAC** no se habían comunicado para establecer los precios a ofertar al acueducto de Cartagena, y a haber presentado una propuesta competitiva, su relato continuó con los hechos acontecidos en el proceso de contratación del acueducto de **EMCALI**. En relación con este, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) manifestó que:

*"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: Entonces, aquí viene otro hecho también, que digamos es el hecho tal vez, más contundente. El 14 de octubre del 2014 el acueducto de Cali -**EMCALI**- Empresas Públicas de Cali saca su cloro a licitación"<sup>196</sup>.*

(...)

*"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: QUIMPAC, no hubo ninguna conversación con ellos. Ellos no se imaginaron, yo creo que jamás que yo iba a hacer eso, y ellos se fueron al tope de la licitación y yo me bajé del tope como un 25%, bien abajo del tope en cloro. El PAC no lo producía yo, lo fijaba PQP, yo le di un precio muy competitivo en ácido clorhídrico. Entonces sale, eso nosotros lo hacemos y participamos en la licitación, ellos yo creo que cuando vieron la unión temporal, pues los otros, habrían pensado eso es parte del show, eso no pasa nada, porque nunca llamaron, ninguna llamada. Entonces eso empezó el 14 de octubre, las propuestas fueron entregadas el 10 de noviembre del 2014, muestran, aquí está el acta de adjudicación del contrato, muestran a quiénes le adjudicaron cada producto"<sup>197</sup>.*

(...)

*"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: Entonces acá pasa algo. La reacción de ellos era de esperarse. Esta gente me llamó y me llamó y me llamó. Y yo les contesté el teléfono. Me llamó al celular y yo le contesté el teléfono. Entonces, varias veces no pero después accedí a contestarles. Entonces me dijeron que, otra vez la amenaza, que estaban, que cómo yo había hecho eso, que eso era lo peor que yo había hecho, que eso si había sido pues, que esa era la casa de ellos, que era metérmele a la casa y que eso sí era imperdonable lo que se había hecho"<sup>198</sup>.*

(...)

*"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: Y me dicen tanto que yo entonces digo, vengán pues. Y entonces yo les digo "yo los puedo recibir, pero los voy a recibir en mi casa" (...) ellos me dicen que necesitan hablar conmigo otra vez y yo les dije: Yo no voy a Cali más"<sup>199</sup>.*

A partir de esta declaración puede concluirse que (i) el acuerdo anticompetitivo entre **BRINSA** y **QUIMPAC** continuaba vigente para octubre de 2014, pues sino el hito de **EMCALI** no hubiese sido referido por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) como

<sup>195</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091", Min. 36:42.

<sup>196</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091", Min. 47:32.

<sup>197</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091", Min. 49:35.

<sup>198</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091", Min. 52:53.

<sup>199</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091", Min. 54:45.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

"el hecho más contundente", no obstante (ii) **BRINSA** lo incumplió y presentó una propuesta competitiva, lo que hizo que resultara adjudicataria del contrato, (iii) funcionarios de **QUIMPAC** reprocharon el incumplimiento de lo pactado y (iv) **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**, de manera voluntaria, aceptó hablar con ellos, lo que demuestra que su intención verdadera era continuar con la ejecución de la conducta anticompetitiva. Es decir, continuaría el acuerdo pese a haberse presentado el desvío.

Después de adjudicado el contrato de **EMCALI** a **BRINSA** –diciembre 19 de 2014– se presenta un hecho fundamental en la relación de los cartelistas, lo cual se configuró como un mecanismo de compensación en favor de **QUIMPAC** por el incumplimiento de los acuerdos por parte de **BRINSA**. Esto fue lo ocurrido con la compra de cloro a **QUIMPAC** para que este fuera quien lo suministrara a **EMCALI**, y de esa manera **QUIMPAC** no contraatacara a **BRINSA** en el acueducto de **TIBITOC** que siempre le había pertenecido a este último. Al respecto refirió el investigado:

*"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: Entonces qué pasa, yo tenía mi problema de la planta y yo, de alguna manera yo sabía, yo dije bueno, este problema de la planta yo lo puedo capitalizar de la planta mía. De algo malo yo pensaba que sacaba algo bueno. Entonces yo dije pues, si yo a estos señores les digo que les voy a comprar el cloro, no ahora puntual el que ya le compré, o sea eso me prendió el foco, que puede que no esté bien. Yo dije entonces, yo mato dos pájaros de un mismo tiro. Hago que él no me haga bajar más el precio en TIBITOC o que lo baje tanto que no lo pueda bajar y le compro el cloro y lo tengo tranquilo. Y, en vez de ganarme pues, lo que me iba a ganar como fabricante pues me gana menos pero me gana algo. Entonces yo decido, a mí, ustedes ahora, yo hice esta cuenta, a mí producir el cloro me costaba un millón de pesos y llevarlo hasta Cali era como quinientos mil con el retomo pues de la cisterna otra vez hasta **BRINSA**. Entonces yo ya iba mil quinientos más temas logísticos mil seiscientos cincuenta y yo negocié con él comprarle a millón setecientos el cloro y él me lo ponía en **EMCALI**. Entonces yo no incurría en más fletes. Entonces yo decía de millón quinientos a millón setecientos o millón seiscientos cincuenta, pues me sale mejor comprarlo porque transportar ese cloro por la línea era un riesgo, entonces yo dije, hombre se lo compro, lo aquieto, lo calmo en TIBITOC porque él se va a quedar como, le di pues, ahí le tiré un salvavidas, tenga el volumen, no ganaba yo en la soda cáustica por ese cloro, pero igual yo no lo podía producir porque igual tenía la planta, entonces yo, pues siendo sinceros, y porque yo he sido muy sincero en toda esta declaración, yo me aproveché de eso. Y, yo no sé cómo ustedes lo catalogarán y valorarán, pero yo aproveché una condición de falta de capacidad nuestra y de condiciones difíciles de llevar el cloro hasta allá para aquietarlo y comprarle ese cloro a él. Entonces no ganaba tanto como iba a ganar **BRINSA** si lo proveía directamente de su planta y además producía la soda cáustica de ese cloro, pero lo estaba dejando tranquilo y ya él dejó de molestar en **TIBITOC**. Pero no hubo acuerdo para eso. Hacemos esto, yo hago esto no, pero yo en mi mente, **JUAN CAMILO ARANGO** sólo, sí lo pensó así. Entonces pues esta actuación mía sí tenía un fin y me aproveché de unos medios que había (...) "<sup>200</sup>.*

De lo contado por el declarante es posible colegir que (i) las conversaciones entre funcionarios de **BRINSA** y **QUIMPAC** relacionadas con el acuerdo anticompetitivo continuaron en diciembre de 2014 y principios de 2015, (ii) para evitar la presión competitiva en el acueducto de **TIBITOC**, **BRINSA** decidió comprarle el cloro que sería enviado a **EMCALI** a **QUIMPAC**, hecho que ocurrió entre diciembre 2014 y principios de 2015, (iii) la intención real de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) fue continuar con la repartición de acueductos. En esa medida **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** da cuenta de la continuidad del acuerdo por lo menos hasta principios de 2015.

Como ha venido quedando claro, durante el trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración entre **BRINSA** y esta Superintendencia, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) fue claro en aportar elementos que indicaban que el acuerdo restrictivo de la competencia había estado vigente hasta más allá de diciembre de 2014. Del recuento de esos hechos se dejó constancia en la Resolución de Apertura de Investigación, quedando consignado que:

*"[E]l hecho de que **BRINSA** le hubiese comprado a **QUIMPAC** el cloro –con el que atendería el suministro de **EMCALI** por un período de 18 meses, esto es, desde enero de 2015 hasta junio de 2016 aproximadamente– se configuró como el mecanismo a través del cual se habría*

<sup>200</sup> Folio 1261 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1, carpeta 17-183350-181017P2, archivo "0 - 2017-10-18 14-33-26-091". Min. 1:01:37.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*compensado el desequilibrio originado en la desviación de los compromisos que había supuesto la pérdida de ese cliente para QUIMPAC".*

(...)

*"Esta corrección, consecuentemente, derivó en que QUIMPAC desistiere de su intención de suministrarle cloro a la planta de TIBITOC, cliente atendido tradicionalmente por BRINSA"<sup>201</sup>.*

Sin embargo, pese a haber establecido durante la delación que el acuerdo anticompetitivo se habría prolongado hasta por lo menos enero de 2015, en la última declaración rendida ante la Superintendencia de Industria y Comercio el 24 de julio de 2019, JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA) refirió que:

*"DELEGATURA: Bien. Usted ha sido bastante detallado con lo que nos ha contado al menos hasta este punto en relación con lo de los acueductos. Y le quería hacer una pregunta simplemente para efectos de la precisión de lo que aquí hemos estudiado. Seguramente ya la ha contestado, pero precisémosla de nuevo y le pregunto: ¿Hasta qué época puntualmente se extendió la dinámica que venía adelantándose en materia de acueductos por parte de BRINSA y por parte de QUIMPAC de manera concertada? Según su conocimiento y según toda la exposición que nos ha hecho hasta el momento.*

*JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI: Según mi conocimiento y lo que yo... pues yo no soy abogado ni experto en derecho de competencia, pero para mí desde la licitación de aguas de Cartagena ya no había concertación de acueductos ni de distribución de acueductos... eso es desde como marzo, abril de 2014"<sup>202</sup>.*

Esta afirmación, además de controvertir abiertamente a lo que manifestó en nombre de BRINSA en el trámite del convenio del PBC, implicaría además de manera automática que la facultad sancionatoria de esta Entidad se habría encontrado caducada desde marzo-abril de 2014.

Incluso, no fue únicamente el hecho que JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA) esencialmente negara que el acuerdo se mantuvo vigente a lo largo de 2014 en su declaración, sino que además existen suficientes pruebas documentales, testimoniales e indiciarias que prueban que el acuerdo en el mercado de cloro y sus derivados duró vigente hasta más allá de diciembre de 2014. Entre estas se encuentran la declaración de FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de BRINSA, 2002-2014), quien refirió que para junio de 2014 el acuerdo continuaba vigente, las cartas remitidas por BRINSA a EMPOPASTO y a EMPOCALDAS y la declaración rendida por GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA).

En consecuencia, esa negación y alcance dado por JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA), quien era la cabeza visible del cartel por parte de BRINSA y quien conocía todos los detalles de la planeación y ejecución del mismo y el término de extensión en el tiempo del acuerdo, en el marco de la declaración rendida en junio de 2019, es un hecho reprochable por parte de este Despacho.

En la medida en que se resolverá devolverle los beneficios a BRINSA y que en la Resolución Sancionatoria se estableció que "con fundamento en lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015, las personas naturales vinculadas a BRINSA tampoco se les concederán los beneficios derivados del PBC"<sup>203</sup>, es menester establecer el fundamento legal por el cual, la extensión de los beneficios que se otorgarán al agente de mercado no pueden hacerse extensivos a JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI (Gerente de la UEN de Industria de BRINSA).

Así las cosas, debe traerse a colación lo establecido en el artículo 2.2.2.29.3.2. del Decreto 1523 de 2015, el cual resulta aplicable a la presente situación. El artículo en cuestión indica que:

*"Artículo 2.2.2.29.3.2. Alcance de la exoneración a los facilitadores. La exoneración total o reducción de la multa concedida a un delator se extenderá, en el mismo porcentaje, a todos*

<sup>201</sup> Folio 2351 del cuaderno público cloro-soda No. 9 del Expediente (Resolución de Apertura de Investigación, p. 56).

<sup>202</sup> Folio 4762 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente, archivo "000". Min: 1:56:20.

<sup>203</sup> Folio 5620 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 211).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los sujetos de derecho que actúan o hayan actuado para aquel como facilitadores, y que colaboren en el curso de la actuación.

Los beneficios a los que hace referencia el inciso anterior, no se extenderán a los facilitadores cuando:

1. Nieguen su participación o responsabilidad en el acuerdo contrario a la libre competencia objeto de delación o nieguen los hechos que reconocieron en su actuación dentro del trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración.

Lo anterior no limita el derecho a controvertir las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación:

2. Cuando sean renuentes a concurrir a la práctica de pruebas en las que su presencia sea requerida.

3. Cuando destruyan, alteren u obstaculicen el acceso a información o elementos de prueba relevantes en relación con el presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia.

4. Cuando el delator para el que actúan o hayan actuado pierda los beneficios por colaboración.

**Parágrafo.** Cuando quien se presenta a colaborar sea un facilitador, la exoneración total o la reducción de la multa recibida por el facilitador no se extenderán al Agente del mercado".

Como se observa, la causal primera del citado artículo establece que los beneficios no se extenderán a un facilitador cuando este (i) niegue su participación o responsabilidad en el acuerdo o (ii) niegue los hechos que reconoció durante el trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración. Sin embargo, la propia causal indica que esas situaciones no se constituyen como un límite a que el facilitador controvierta las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su participación.

De acuerdo con lo anterior, debe afirmarse que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) en ningún momento de la actuación negó su participación o responsabilidad en el acuerdo, sin embargo, sí negó los hechos que había manifestado durante el trámite de suscripción del Convenio relacionados con la participación de **BRINSA** en el acuerdo, lo cual reviste la mayor gravedad si se tiene en cuenta que precisamente fue designado por **BRINSA** para aportar al proceso las circunstancias de tiempo, modo y lugar del cartel delatado. Esto por cuanto contradujo su versión inicial frente al término hasta el cual se habría ejecutado el acuerdo, contradiciendo además de su propio dicho, las demás pruebas aportadas por **BRINSA** y otros de los investigados. En efecto, negó lo manifestado en el trámite del Convenio de Beneficios por Colaboración en cuanto a que el acuerdo se hubiera ejecutado hasta diciembre de 2014 –o más allá– al haber indicado posteriormente que este habría culminado en marzo-abril de 2014. Por tal motivo, ese acto reprochable del investigado, en un aspecto tan esencial como lo es el término de duración del acuerdo no puede ser pasado por alto por este Despacho, mucho menos permitirle ser beneficiario de la exención total de la multa.

Así las cosas, reitera este Despacho que:

"Como puede observarse de todo lo anterior, **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** [el] funcionario [...] de **BRINSA** con la mayor competencia para suministrar la información relacionada con la duración del cartel investigado, manifest[ó] en el trámite de la solicitud de beneficios por colaboración que el cartel se prolongó por lo menos hasta diciembre 2014 y, posteriormente, en las diligencias de ratificación surtidas en el curso de la instrucción de la investigación, [...] manifestó que la conducta habría cesado en marzo, abril de 2014"<sup>204</sup>.

(...)

"De hecho, resulta tan grave la conducta desplegada por [el] funcionario [...] de **BRINSA** en cuanto a sugerir que habría podido presentarse la caducidad, que incluso **QUIMPAC** sacó provecho de ello y varias de sus observaciones al Informe Motivado estuvieron dirigidas a que este Despacho declarara la caducidad de la facultad sancionatoria con fundamento especialmente en las declaraciones de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**. Incluso, **QUIMPAC** solicitó que no se le concedieran los beneficios convenidos en virtud del **PBC**."

<sup>204</sup> Folio 5618R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 208).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Frente a este asunto, como se dijo anteriormente, para este Despacho se encuentra demostrado con suficiencia que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no ha caducado. En este sentido, se pone de presente que las declaraciones contradictorias de los funcionarios de **BRINSA** acá expuestas, que en últimas constituyen una retractación, fueron analizadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, sobre todo, a la luz del material probatorio obrante en el Expediente<sup>205</sup>.*

Por los motivos expuestos, no es posible hacer extensivos los beneficios que se devolverán a **BRINSA** a **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**).

Ahora bien, frente a los argumentos presentados en el recurso de reposición y que no han sido resueltos hasta este punto debe afirmarse que:

- Si bien es cierto que las preguntas formuladas por la Delegatura no fueron idénticas, si estuvieron encaminadas a preguntar por la misma situación fáctica, motivo por el cual la respuesta ha debido ser, en términos generales, la misma. Esto no conlleva que el declarante la hubiera respondido utilizando las mismas palabras.
- En ningún momento se estableció en la Resolución Sancionatoria que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) hubiese solicitado la declaratoria de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Es lógico que, en la medida en que cada investigado perteneciente a **BRINSA** ocupaba un cargo distinto dentro de la compañía y jugaba un rol diferente dentro de la dinámica anticompetitiva, cada uno contara una versión diferente de los hechos, sin embargo, debe ser identificable una coincidencia elemental en los elementos fundamentales del acuerdo.
- Es cierto que la valoración de las declaraciones rendidas por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) correspondía a la Autoridad. Precisamente, fue en ese ejercicio, valorando la totalidad de pruebas obrantes en el Expediente, que se logró arribar a la conclusión de que el investigado había negado hechos relacionados con el elemento de duración del acuerdo que ya había puesto de presente en el trámite de la delación. Por esa valoración, este Despacho decidió –y confirmará– no otorgarle los beneficios del PBC.
- Es posible que en las declaraciones rendidas por una misma persona existan inexactitudes, sin embargo, estas no pueden ser de tal magnitud como para establecer que la duración de un acuerdo anticompetitivo se hubiera reducido en más de seis (6) meses.
- Lo acaecido en los procesos de contratación de los acueductos de Cartagena y Barranquilla fue corroborado por una gran cantidad de pruebas, motivo por el cual no es relevante lo señalado por **QUIMPAC** en relación con estos.
- No esperaba la Superintendencia de Industria y Comercio que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien es ingeniero químico de profesión, contara con conocimientos técnicos o jurídicos que le permitieran sugerir la caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad. Con lo que se contaba era con que al ser designado por **BRINSA** para informar la duración del cartel de acuerdo con su participación directa en el mismo, no controvirtiera hechos puntuales narrados por él mismo, máxime si se tiene en cuenta que los investigados han aducido insistentemente que se hicieron grandes esfuerzos para que desde el inicio de la actuación siempre contara con asesoría jurídica especializada; apoderados que han podido intervenir en los momentos en que a ello hubiere lugar.

En este sentido, ninguno de los argumentos propuestos por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) es fundado.

#### **4.5.1.3. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la exclusión de GUILLIANA QUEVEDO CRUZ (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA) del PBC**

A continuación, este Despacho dará respuesta a los argumentos presentados por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) en su recurso de

<sup>205</sup> Folio 5619R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 210).

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

reposición, a través del cual busca que esta Superintendencia le retorne los beneficios derivados del PBC.

La investigada estableció en su recurso que (i) ha colaborado de manera activa y colaborativa en la investigación; (ii) reconoció el hecho de haber participado en el acuerdo; (iii) nunca contradujo sus declaraciones en relación con el término del acuerdo, pues no tenía certeza del momento en el cual cesaron los efectos del mismo; (iv) de la valoración conjunta de sus declaraciones puede concluirse el término de duración del acuerdo, respecto del cual no ha operado la caducidad; (v) nunca tuvo conocimiento de las comunicaciones entre las Gerencias de BRINSA y QUIMPAC; (vi) las apreciaciones emitidas corresponden a "simples opiniones personales" de acuerdo con su participación en el acuerdo; (vii) ha sido consistente y congruente con los hechos narrados; (viii) en ningún momento sugirió o solicitó la declaratoria de caducidad; (ix) aportó pruebas que dieron cuenta que el acuerdo perduró en el tiempo; (x) era lógico que, de acuerdo con el cargo ocupado, la versión de cada funcionario de BRINSA fuera distinto; (xi) la carga de la valoración de sus declaraciones correspondía a la Autoridad; (xii) no cuenta con los conocimientos técnico-científicos para saber si existió un acuerdo anticompetitivo como saber en qué momento opera la caducidad; (xiii) sus declaraciones han tenido las inconsistencias que rodean la espontaneidad de los testimonios; y (xiv) no podía dársele valor probatorio a una opinión de un testigo o concepto técnico emitido por la declarante.

**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA), quien fue facilitadora de la conducta ejecutada por BRINSA y que para la época de los hechos investigados ocupó el cargo de Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA, participó de manera activa en el trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración, rindió su declaración y aportó pruebas útiles a la investigación. Lo mismo ocurrió durante la etapa de investigación.

En ningún momento este Despacho ha cuestionado esa voluntad y participación de la investigada de contribuir con la investigación, como tampoco el hecho que hubiera aceptado su participación en el acuerdo ilegal. No obstante, lo que se encontró reprochable fue que hubiese cambiado su versión de los hechos frente a un aspecto tan relevante como lo era el término hasta el cual habría estado vigente el acuerdo ilegal.

Al respecto, no debe perderse de vista que el papel desempeñado por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA) fue importante en la ejecución del acuerdo anticompetitivo en el mercado de cloro y sus derivados, motivo por el cual era predicable que tuviera claridad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ejecución del acuerdo, por lo cual las imprecisiones evidenciadas por este Despacho no se encuentran razonables.

A continuación se presentarán las diferentes versiones que frente a la duración del acuerdo estableció **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de BRINSA). La primera en la audiencia que tuvo lugar durante el trámite de la delación —el 2 de noviembre de 2017— y la segunda durante la etapa de investigación —el 19 de junio de 2019—.

En este sentido, el 2 de noviembre de 2017 la investigada refirió que el acuerdo estuvo vigente hasta diciembre de 2014:

**"GUILLIANA QUEVEDO CRUZ: En diciembre del 2014, como yo era la encargada de aguas, por instrucción de JUAN CAMILO ARANGO, decide la compañía, BRINSA, presentarse en unión temporal con la compañía PRODUCTOS QUÍMICOS PANAMERICANOS en la licitación de cloro para EMCALI, el acueducto de Cali. Ese acueducto era en su momento o es en este momento uno de los acueductos más grandes del país. Calculando así, a vuelo de pájaro es tan grande como Bogotá, o sea, a pesar de que Cali es una ciudad más pequeña, la calidad del agua es mucho menor que la de Bogotá, entonces el consumo de cloro es mucho más grande. O sea que es un acueducto muy atractivo para el productor de cloro, o sea como es BRINSA. Entonces por instrucción de él decidimos presentarnos en unión temporal a esa licitación. Y, para mí la presentación en diciembre del 2014 de la oferta en EMCALI da fin a los acuerdos que podían existir aún en cloro, con los acueductos.**

**DELEGATURA:** ¿Por qué supone usted que se da fin al acuerdo que tenían con los acueductos con QUIMPAC?

**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ: Porque pues, nos metimos a la casa de QUIMPAC, les quitamos el acueducto más grande que ellos manejaban, entonces entramos en guerra**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

directa, o sea ya no había respeto de precios ni respeto de clientes, sino que BRINSA ya había decidido en cabeza de JUAN CAMILO ARANGO presentarnos a donde nos invitaran. Y así lo estamos haciendo, desde diciembre de 2014<sup>206</sup>.

Como se observa, la investigada fue enfática en establecer que al menos para diciembre de 2014, momento en el que **BRINSA** presentó oferta competitiva al acueducto de **EMCALI**, el acuerdo aún se encontraba vigente. Esto entonces da para interpretar que lo que quiso señalar la declarante fue que, con la presentación de esa oferta se marcó el rompimiento de la dinámica anticompetitiva, señalando después que, a partir de diciembre de 2014, **BRINSA** actuó de manera independiente y competitiva en el mercado de cloro. Esto significaba que el acuerdo de repartición de mercados con **QUIMPAC** habría estado vigente hasta diciembre de 2014.

También resulta relevante señalar que, a pesar de la identificación de esas fechas hasta las cuales habría estado vigente el acuerdo, **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) refirió el hecho ocurrido con el suministro de cloro que era de **QUIMPAC** al acueducto de **EMCALI**. Al respecto manifestó que:

*"Entonces ellos habían perdido el cloro y pues nosotros les íbamos a comprar el cloro para atender EMCALI, pues dijeron sí. Nos dijeron, JUAN CAMILO me cuenta que él al hacerles el ofrecimiento de comprarles el cloro para atender la cuenta de EMCALI, él recibe como un reclamo de parte de QUIMPAC. No sé de qué funcionario de QUIMPAC. Pero él me dice "QUIMPAC me reclama". Y yo le dije, "por qué si le vamos a comprar el cloro" y me dijo, porque me dijo "ustedes no hicieron nada lo que hicieron fue bajar el precio y ahora van a tener que comprar el cloro caro porque no se los voy a vender barato para que ustedes se lo revendan a EMCALI, entonces qué hicieron no hicieron nada. Lo que hicieron fue dañar el precio del mercado. Porque yo le vendía el cloro a EMCALI a muy buen precio". Entonces ese reclamo lo recibió JUAN CAMILO de parte de un funcionario de QUIMPAC"*<sup>207</sup>.

(...)

**"DELEGATURA:** ¿Cuando usted recibe ese mensaje del señor **JUAN CAMILO** que las personas de **QUIMPAC** le dijeron que habían dañado el precio, específicamente eso qué significa entonces?

**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ:** ¿Qué significa específicamente dañar el precio? Que hasta noviembre del 2014 el contrato que tenía **EMCALI** con **QUIMPAC** tenía un valor de cloro superior en aproximadamente un 25% al valor con el que nos fue asignado el contrato a la unión temporal **BRINSA-PQP**, o sea nosotros le bajamos el precio a **EMCALI**, eso significa bajar el precio.

En ese momento yo qué relación tenía con **QUIMPAC**. Yo en ese momento no conocía a nadie de **QUIMPAC**, no tengo los teléfonos de **QUIMPAC**, no me chateó con **QUIMPAC**. Pero en ese momento, ante el inicio de operaciones con **EMCALI** y que nosotros teníamos que comprarle el cloro a **QUIMPAC** para entregárselo a **EMCALI** hicimos una reunión en enero de 2015, no recuerdo exactamente qué día, en la cual qué funcionarios estaban... por parte de **QUIMPAC** estaba el señor **ANDRÉS HOLGUÍN**, Gerente comercial de **QUIMPAC** y estaba la ingeniera **ISABEL CRISTINA PRADO**, Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC** que, allá ser el coordinador de servicio al cliente significa más o menos significa ser el jefe de logística, o sea se llama Coordinadora de Servicio al Cliente, pero en realidad es ella la que coordina la entrega de despacho y entrega a los clientes y por parte de **BRINSA** estábamos tres funcionarios, **JUAN CAMILO ARANGO**, Gerente de la UEN de Químicos, **JHON JAIRO RODRÍGUEZ**, Jefe de Seguridad de Químicos y **GUILLIANA QUEVEDO**, Directora de Ventas de agua, petróleo y gas. Es la primera vez y la única que he visitado las instalaciones de **QUIMPAC** en el Valle. Visité la planta de ellos. En esa reunión no se trató ningún tema comercial, sólo se establecieron las directrices para el manejo logístico y de comunicaciones que se iba a dar con **EMCALI**. Porque como **QUIMPAC** estaba acostumbrado a manejar **EMCALI** en toda la vida querían seguir haciendo que el contacto fuera directo, a lo que yo dije que no, que todo el contacto iba a ser entre la unión temporal y **EMCALI**, y que **QUIMPAC** lo único que actuaba era como un proveedor de **BRINSA** para el cloro"<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> Folio 1594 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Carpeta 17183350-021117, archivo "0 - 2017-11-02 14-30-21-022". Min: 51:23.

<sup>207</sup> Folio 1594 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Carpeta 17183350-021117, archivo "0 - 2017-11-02 14-30-21-022". Min: 55:25.

<sup>208</sup> Folio 1594 del cuaderno RESERVADA SIC No. 3 del Expediente. Carpeta 17183350-021117, archivo "0 - 2017-11-02 14-30-21-022". Min: 56:33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Nuevamente es posible deducir que el hecho de haberle comprado el cloro a **QUIMPAC** para que suministrara al acueducto de **EMCALI** fue una compensación conforme la cual **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), una vez habló con los funcionarios de **QUIMPAC** que le reprocharon el desvío del acuerdo, buscó que el mismo continuara –así fuera de manera indirecta– con el suministro de cloro asignado inicialmente a **BRINSA** por parte de **QUIMPAC** a **EMCALI**. Lo relatado por la investigada se encontraba en línea con lo aseverado por otros de los facilitadores de **BRINSA** que participaron en el trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración.

Por ende, y conforme quedó establecido en la Resolución de Apertura de Investigación, la conducta se habría extendido hasta por lo menos diciembre de 2014. Esto, además se encontró corroborado con las pruebas señaladas en párrafos anteriores, como con el documento "*Cronología GUILLIANA QUEVEDO*" aportado por la misma investigada, en el cual se lee:

*"Diciembre 2014: Presentamos oferta en Unión temporal con PQP en EMCALI y nos ganamos la licitación del cloro y la soda. Para mí ese evento representa la total ruptura en los "acuerdos" de CLORO<sup>209</sup>.*

Sin embargo, de manera posterior, esa versión fue cambiada por la investigada, quien refirió el 19 de junio de 2019 que el acuerdo habría ido hasta 2013 como máximo:

*"DELEGATURA: ¿GUILLIANA, hasta qué periodo usted pudo haber participado del acuerdo que ha señalado en esta diligencia, en materia de cloro?"*

***GUILLIANA QUEVEDO CRUZ:** Para mi concepto, en mi opinión personal es que hasta... 2013 máximo, porque después de eso no recuerdo ninguna conversación ni que nos haya tocado consultar con nadie el precio, sino que nosotros hacemos las licitaciones desde ese momento y ya nos presentamos el precio que es favorable para la compañía y no se consulta con nadie<sup>210</sup>.*

Del aparte transcrito puede observarse que **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) negó lo relacionado con la duración de la ejecución del acuerdo al haber señalado que este se habría presentado hasta 2013. Además, no solo contradijo lo que había establecido inicialmente, sino que tal aseveración es contraria a lo establecido en los demás medios de prueba obrantes en el Expediente.

En consecuencia, es reprochable que la investigada hubiese negado su versión de los hechos y hubiera establecido una fecha de fin del acuerdo mucho anterior a la referida durante el trámite de suscripción del Convenio de Beneficios por Colaboración. En tal medida, no es posible hacerle extensivos los beneficios que se conferirán a **BRINSA**.

Finalmente, en relación con los argumentos adicionales presentados por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) frente a este particular debe afirmarse que:

- Para este Despacho es claro que la declarante contradijo sus declaraciones, pues en un primer momento refirió que el acuerdo habría ido hasta diciembre de 2014 y de manera posterior que el mismo habría finalizado, máximo, en 2013.
- Lo establecido por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) en la declaración rendida en junio de 2019 no concuerda con el término de duración del acuerdo que puede evidenciarse de la valoración conjunta de las demás pruebas que obran en el Expediente, independientemente de que hubiera aportado pruebas conforme las cuales el acuerdo se hubiera prolongado hasta 2014.
- Es inadmisibles pretender establecer que cuando una persona rinde declaración, bajo la gravedad del juramento, la misma deba tomarse como "*simples opiniones personales*" del declarante. Por el

<sup>209</sup> Folio 1339 del cuaderno RESERVADA SIC No. 1 del Expediente.

<sup>210</sup> Folio 4296 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Min: 00:49:56.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

contrario, lo señalado por un testigo o declarante dentro de un proceso administrativo de naturaleza sancionatorio se presenta como un elemento de prueba, que debe ser valorado de manera integral y en conjunto con las demás pruebas que obren en el Expediente. Adicionalmente, en el presente caso, en ningún momento se le otorgó valor técnico a lo establecido por la declarante, pues la naturaleza de dicha prueba no lo permitía, razón por la cual no es procedente argumentar que lo señalado por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) hubiere sido tomado por el Despacho como un concepto técnico.

- En ningún momento se estableció en la Resolución Sancionatoria que **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) hubiese solicitado la declaratoria de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo cierto es que con lo establecido en la última declaración dio elementos para considerar que el acuerdo en el mercado de cloro habría ido, máximo, hasta 2013, lo cual en últimas sugería lo mismo. En esa medida, no ha sido consistente y congruente con los hechos narrados.
- Es lógico que, en la medida en que cada investigado perteneciente a **BRINSA** ocupaba un cargo distinto dentro de la compañía y jugaba un rol diferente dentro de la dinámica anticompetitiva, cada uno contara una versión diferente de los hechos. Sin embargo, en las narraciones de los hechos de todos los investigados debe poderse identificar coincidencias, como mínimo, en lo relacionado con los elementos fundamentales del acuerdo, entre los que debe estar el del término de duración del mismo.
- Este Despacho no comparte lo establecido por la investigada en relación con que sus declaraciones han tenido las inconsistencias que rodean la espontaneidad de los testimonios. Es posible que una persona cuando declara más de una vez sobre los mismos hechos establezca inexactitudes, sin embargo, estas no pueden ser de tal magnitud como para establecer que la duración de un acuerdo anticompetitivo se hubiera reducido en más de un (1) año.
- En ningún momento se esperó que **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien es ingeniera química de profesión, contara con conocimientos técnicos o jurídicos que le permitieran conocer los elementos propios del acuerdo o sugerir la caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad. Con lo que se contaba era con que al ser designada por **BRINSA** para informar la duración del cartel de acuerdo con su participación directa en el mismo, no controvirtiera hechos puntuales narrados por ella misma, máxime si se tiene en cuenta que los investigados han aducido insistentemente que se hicieron grandes esfuerzos para que desde el inicio de la actuación siempre contara con asesoría jurídica especializada; apoderados que han podido intervenir en los momentos en que a ello hubiere lugar.
- La Superintendencia de Industria y Comercio valoró las declaraciones de **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en conjunto con las demás pruebas obrantes en el Expediente. De ese análisis probatorio se arribó a la conclusión de que la declarante había contradicho su versión inicial de la duración del acuerdo, así como lo señalado por las demás pruebas obrantes en el Expediente.

Por estos motivos, ninguno de los argumentos propuestos por **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) es fundado.

#### **4.5.2. Consideraciones frente a los argumentos presentados por las personas naturales vinculadas a QUIMPAC**

##### **4.5.2.1. Consideraciones frente a la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado**

Varias de las personas naturales vinculadas a **QUIMPAC** presentaron argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado en el presente caso. Así, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) señaló en su recurso que no existe material probatorio suficiente que permita concluir con certeza que la conducta anticompetitiva se ejecutó más allá de diciembre de 2014. En la misma línea, **MAURICIO MEJÍA PARDO** y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) manifestaron que **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) y **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) habían referido en sus declaraciones que el acuerdo anticompetitivo habría estado vigente hasta máximo marzo o abril de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Teniendo en cuenta lo anterior, indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en una indebida valoración probatoria que busca generar que el término de caducidad se amplíe. Para tal fin, la Entidad utilizó procesos de selección que no fueron referidos por los declarantes y que no fueron objeto de contradicción. Luego de eso, tales pruebas fueron utilizadas por el Despacho y, de manera errada, se estableció que la conducta había sido continuada y que los efectos del convenio habrían sido hasta 2015. Tal situación sería igual a aseverar que los efectos fueron más allá de lo pretendido por los investigados, lo cual viola las reglas de la experiencia y la sana crítica, así como la presunción de inocencia y el principio de necesidad de la prueba. Para soportar su tesis, los recurrentes indicaron que, en casos de colusiones, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha referido que el término de caducidad en un acuerdo colusorio debe contabilizarse desde la fecha de adjudicación del contrato.

Este Despacho no comparte los argumentos presentados por **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**), en la medida en que tal y como quedó establecido en el numeral **4.2.2.** de la presente Resolución, de la valoración integral de las pruebas obrantes en el Expediente, atendiendo lo establecido en el artículo 176 del CGP y acudiendo a las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, es posible concluir que el acuerdo anticompetitivo en el mercado de cloro se extendió hasta más allá de diciembre de 2014.

Ahora bien, teniendo en cuenta que fue posible establecer que la conducta anticompetitiva se habría prolongado hasta 2015, esta Superintendencia, en respeto del principio de congruencia, el cual debe observarse entre la Resolución de Apertura de Investigación y la Resolución Sancionatoria, estableció que el acuerdo sancionado habría estado vigente hasta el término establecido al inicio de la investigación, esto es diciembre de 2014.

En ese orden de ideas, el término de duración de la conducta restrictiva de la libre competencia económica en el mercado de cloro resulta lo suficientemente claro y probado en la investigación. En tal sentido, contrario a lo señalado por los investigados, para el momento en que la Resolución Sancionatoria les fue notificada, la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se encontraba vigente.

Igualmente, debe hacerse énfasis en que la valoración de las pruebas que realizó esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria en relación con el término de caducidad de la facultad sancionatoria, en la que se tuvieron en cuenta documentos oficiales de procesos de selección, comunicaciones y declaraciones de los investigados, llevó al convencimiento de que, para el 31 de diciembre de 2014, el acuerdo anticompetitivo continuaba vigente y que lo ocurrido en el marco del proceso de selección adelantado por **EMCALI** desde octubre de 2014 fue una desviación en el comportamiento de los agentes, la cual buscó ser compensada por **BRINSA** con posterioridad. Tales documentos oficiales, que fueron remitidos por **ACUAVALLE, EMPOPASTO, EMPOCALDAS** y **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PEREIRA**, fueron legalmente incorporados al Expediente y estuvieron a disposición de los investigados a lo largo de la investigación. Sin embargo, habiendo tenido la oportunidad para pronunciarse frente a tales documentos no lo hicieron, hecho que no se traduce en que por el hecho de utilizarlas en la Resolución Sancionatoria se esté violando los derechos de contradicción y defensa de los investigados.

Ahora bien, para este Despacho es claro que la conducta desplegada en el mercado de cloro fue de aquellas denominadas continuadas, toda vez que existió una pluralidad de acciones, unidad de intención e identidad de elementos, todo lo cual ha sido referido por el Consejo de Estado<sup>211</sup> como propio de ese tipo de conductas. En tal sentido, la ejecución del acuerdo anticompetitivo se prolongó en el tiempo, toda vez que los contratos con los acueductos referidos se ejecutaron hasta su vencimiento.

Debe resaltarse que en los casos por prácticas restrictivas de la competencia en los que exista una conducta continuada, el Consejo de Estado ha manifestado que el término de caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a contarse desde la comisión o realización del último acto de ejecución de la infracción administrativa. Así, el máximo tribunal administrativo ha referido que:

*"Siendo la conducta continuada por parte de los demandantes, para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empezó a correr*

<sup>211</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 2 de julio de 1999, en: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 2008, rad. No. 15106.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico*<sup>212</sup>.

Finalmente, es relevante indicar que los investigados, con el fin de sustentar su tesis de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado ha debido ser contada desde la adjudicación de los respectivos contratos por los acueductos, trajeron a colación el precedente judicial del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en casos de acuerdos colusorios (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Al respecto debe reiterarse, que, como quedó establecido en el numeral 4.4.2. del presente acto, es menester distinguir entre la infracción imputada a los investigados en el mercado de cloro (numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) y la presentada en las sentencias del Tribunal (numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), ya que su redacción es distinta y reprocha conductas diferentes.

Incluso, si se determinara que son conductas semejantes por pertenecer a la categoría de acuerdos anticompetitivos, la realidad es que en el Expediente existen suficientes pruebas que demuestran que los efectos de los contratos adjudicados en 2014 a **BRINSA** o a **QUIMPAC**, como consecuencia del acuerdo anticompetitivo, terminaban en 2015. Por tal razón, para el caso concreto, está probado que la conducta desplegada por los investigados fue continuada y que, como suele ocurrir en los carteles empresariales, presentó incumplimientos, desviaciones y compensaciones durante el tiempo que duró.

Por los motivos expuestos, los argumentos propuestos por **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) no son de recibo.

Por otro lado, **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) también manifestó que no existe una idea clara y sustentada en la Resolución Sancionatoria respecto de la fecha hasta la cual se ejecutó la conducta anticompetitiva. Este argumento se encuentra completamente desvirtuado con las consideraciones que ha realizado este Despacho en líneas precedentes, porque como se demostró en la Resolución Sancionatoria, la conducta violatoria de la libre competencia continuaba vigente para el 31 de diciembre de 2014.

De otra parte, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) señaló que no hay prueba de su participación o conocimiento del acuerdo con posterioridad a 2013, frente a lo cual este Despacho se remitirá a lo establecido en el numeral 11.2.2.1. de la Resolución Sancionatoria en el que se dijo que **MAURICIO MEJÍA PARDO**, en su calidad de representante legal de **QUIMPAC**, participó de las reuniones sostenidas con funcionarios de **BRINSA**, tuvo conocimiento de la dinámica, ejecutó el acuerdo y autorizó los comportamientos de sus subalternos. También, de conformidad con el análisis de los medios probatorios obrantes en el Expediente, fue posible establecer que este investigado fue una de las personas que, en diciembre de 2014, reprochó a **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) el hecho de que **BRINSA** se hubiera desviado e incumplido el acuerdo sancionado, habiendo presentando un precio competitivo y resultando adjudicatario del contrato. Adicionalmente, para esa fecha continuaba ostentando el cargo de Gerente General de **QUIMPAC**.

Por su parte, **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) manifestaron que su participación en la ejecución del acuerdo fue hasta máximo junio de 2014, cuando **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero 2002-2014), funcionaria con la que se comunicaban en **BRINSA**, se retiró. Lo anterior, toda vez que **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**), quien la reemplazó, no sostuvo comunicación alguna con funcionarios de **QUIMPAC**.

Considera este Despacho que, si bien es cierto que **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) hacía parte de la dinámica anticompetitiva, puesto que, por lo general, era quien se comunicaba con **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), no es cierto que con

<sup>212</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, rad. No. 25000-23-24-000-2010-00305-02. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, rad. No. 25000-23-24-000-2010-00291-01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta (descongestión), sentencia del 9 de agosto de 2018, rad. No. 25000-23-24-000-2010-00334-01.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

su retiro **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** hubiera dejado de ejecutar la conducta restrictiva de la competencia. Esto por cuanto no era con la única persona que ella se comunicaba.

Frente al particular, **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) indicó que en ciertas ocasiones ella se había comunicado con **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**). Esto fue lo que en su momento indicó la investigada:

**DELEGATURA:** *¿Con quién hablaba en **QUIMPAC** usted, **LIGIA**?*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** **ANDRÉS HOLGUÍN.**

**DELEGATURA:** *¿Qué cargo ejercía **ANDRÉS HOLGUÍN** para esa época, según lo que le consta?*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** Gerente Comercial.

(...)

**DELEGATURA:** *¿Además de **ANDRÉS**, había otro funcionario de **QUIMPAC** con el que usted se comunicara?*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** En algún momento con **ISABEL CRISTINA**, sí.

**DELEGATURA:** *¿Para qué con **ISABEL CRISTINA**?*

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA:** *Alguna oferta de algún acueducto, no recuerdo cuál. Pero si, digamos, si no encontraba a **ANDRÉS HOLGUÍN**, entonces yo recurría a **ISABEL CRISTINA**<sup>213</sup>.*

Conforme lo anterior, y teniendo en cuenta que **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) acataba las órdenes y directrices de los gerentes de **QUIMPAC** y que para diciembre de 2014 continuó ocupando el cargo de Coordinadora de Servicio al Cliente, fue posible determinar que su participación en la conducta restrictiva de la competencia se habría prolongado, al menos, hasta tal fecha.

Ahora, en relación con la situación de **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**), la cual es diferente a la de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), en virtud del nivel de su cargo, el mismo **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) reconoció que él se comunicaba con **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** para fijar (i) el precio al que **BRINSA** debía cotizar el cloro para quedar descalificado en determinada licitación y (ii) el precio al que **QUIMPAC** debía cotizar con el mismo propósito. Refirió expresamente:

**"JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI:** *La palabra tangible para cloro, era que era claro que había unos acueductos que cuando la licitación llegaba a **BRINSA**, o sea llegaba la solicitud de cotización de la licitación, participación a una licitación de un acueducto, entonces se hacía la consulta, porque yo no conocía, y le preguntaba a cada una de esas directoras ese acueducto quién lo atendía. Cuando ellas decían que ese acueducto lo atendía **QUIMPAC**, yo tomaba el teléfono y llamaba al señor **ANDRÉS HOLGUÍN** [Gerente Comercial de **QUIMPAC**] y le preguntaba a qué precio deberíamos ir nosotros en la licitación para que ellos se lo ganaran. Y de igual manera cuando había un acueducto que **BRINSA** participaba, que **BRINSA** lo atendía, entonces también habían llamadas en la otra vía para que ellos tuvieran un precio determinado para garantizar que **BRINSA** continuara con el suministro de cloro de ese acueducto<sup>214</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Como se observa, y teniendo en cuenta que **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) continuó en el cargo de Gerente Comercial de **QUIMPAC** para diciembre de 2014, fue

<sup>213</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**. Archivo denominado: "17-288979-200619Virtual". Ruta de acceso: "E:\17-288979-200619". Minuto: 01:12:09.

<sup>214</sup> Folio 4763 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Declaración de **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**. Archivo denominado: "000". Minuto: 44:33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

posible inferir que este continuó ejecutando y autorizando los comportamientos que configuraron la conducta reprochada. También, como quedó establecido en el numeral **11.2.2.2.** de la Resolución Sancionatoria, **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** reprochó en diciembre de 2014 a **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) el hecho de haber presentado una oferta competitiva para el suministro de cloro a **EMCALI**.

Conforme las anteriores consideraciones, no les asiste razón a **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) frente al argumento relacionado con que su participación habría ido hasta junio de 2014 cuando **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero 2002-2014) se retiró de **BRINSA**. Por ende, el término de caducidad respecto de esos dos investigados no se debía contabilizar desde junio de 2014.

En suma, ninguno de los argumentos propuestos por las personas naturales vinculadas a **QUIMPAC** resultan fundados y por tanto serán descartados por este Despacho.

#### **4.5.2.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con el régimen de responsabilidad en el ámbito del derecho de la competencia**

En este acápite el Despacho responderá los argumentos relacionados con la responsabilidad de las personas naturales vinculadas a **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM**.

Para tal fin, se hará referencia a la responsabilidad de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) en su calidad de representante legal de **QUIMPAC** y al régimen de responsabilidad de las personas naturales en materia administrativa sancionatoria en los casos de prácticas restrictivas de la libre competencia. Finalmente se abordarán temas relacionados con la declaratoria de responsabilidad, tales como la aplicación de la presunción de inocencia, necesidad de la prueba, los derechos de contradicción y defensa y la imparcialidad de la Superintendencia de Industria y Comercio a lo largo de las investigaciones.

**MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) estableció en su recurso de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio había introducido una presunción de conocimiento del desarrollo de la conducta anticompetitiva por el mero hecho de ocupar el cargo de administrador, al ser el representante legal de **QUIMPAC**. En su parecer, no existe ninguna prueba que sustente la supuesta tolerancia de la conducta. En tal medida, señaló que la Entidad impuso la sanción únicamente fundamentada en el cargo que ostentaba el investigado para la época de los hechos.

De igual forma, refirió que se creó una presunción de culpa en el régimen de la libre competencia económica partiendo del régimen de responsabilidad de los administradores en el régimen societario. Esto, perdiendo de vista que era obligación de la Superintendencia de Industria y Comercio el demostrar que el investigado incurrió en alguno de los verbos rectores contenidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Para responder estos argumentos, advierte este Despacho que la responsabilidad administrativa de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) devino de la ejecución y autorización de actos contrarios a la libre competencia económica. Al respecto, en el numeral **11.2.2.1.** de la Resolución Sancionatoria se estableció que:

*"En consecuencia, para este Despacho, **MAURICIO MEJÍA PARDO** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado y autorizado actos contrarios a la libre competencia económica para la materialización del acuerdo de repartición de clientes en el mercado de cloro y sus derivados (numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) y para el sistema que limitó la libre competencia económica en el mercado de soda cáustica (artículo 1 de la Ley 155 de 1959)".*

De esta manera, no entiende el Despacho el motivo por el cual el recurrente refiere que no existe ninguna prueba sobre la tolerancia de la conducta, por cuanto en ningún momento se aseveró que el investigado hubiese tolerado algún comportamiento, pues, debido al cargo que desempeñaba en la empresa y, de conformidad con las pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria, fue posible determinar que **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) ejecutó y autorizó actos contrarios a la libre competencia tanto en el mercado de cloro como en el de soda cáustica.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora, como se concluyó de las pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria, **MAURICIO MEJÍA PARDO** prestó su colaboración para el desarrollo de la repartición de mercados y del sistema que limitó la libre competencia económica. En esa medida, esta Superintendencia cumplió con su carga probatoria de demostrar esa participación activa en esos comportamientos ilegales. Estas fueron las pruebas utilizadas por este Despacho para demostrar la responsabilidad de **MAURICIO MEJÍA PARDO**.

Respecto del acuerdo de repartición de mercados, se encuentra dentro del Expediente que:

- **MAURICIO MEJÍA PARDO** ostenta la calidad de Gerente General de **QUIMPAC** desde 2002. En esa medida, determinaba las políticas empresariales de la sociedad, teniendo en cuenta que un nivel óptimo de la producción, en relación con la demanda de determinado producto, dependía de la "buena gestión de un gerente".
- El cartel de repartición de mercados se ejecutaba desde 2000, de acuerdo con lo manifestado por **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) en su declaración<sup>215</sup>.
- Quienes determinaban los valores a los cuales debía venderse el cloro a los acueductos eran los gerentes de las compañías.
- **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) era representante legal de **QUIMPAC** y bajo esa calidad, siendo consciente de la existencia y ejecución del acuerdo de repartición de mercados, no realizó ninguna conducta para provocar que esta cesara o terminara.
- **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) refirió en su declaración que le comunicó a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) su decisión de no continuar más con la dinámica en 2014.

Frente a la contravención de la prohibición general en el mercado de soda cáustica, se encontró que:

- **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**) estableció en su declaración que **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) participó de la reunión celebrada en Panamá en 2012 con funcionarios de **BRINSA**, **QUIMPAC**, **TRICHEM** y **MEXICHEM**<sup>216</sup>.
- En las notas de la reunión celebrada en Panamá en 2013, aportadas por **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) aparece que entre los funcionarios de **QUIMPAC** que participaron de la reunión estaba **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**)<sup>217</sup>.
- **MAURICIO MEJÍA PARDO** era participe de los correos electrónicos que fueron cruzados entre empleados de las compañías, con el fin de ejecutar lo pactado. Esto lo demuestran los correos electrónicos del 6 de marzo de 2012<sup>218</sup> y del 29 de marzo de 2012<sup>219</sup>.
- **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**) estableció en su declaración que **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) asistió a la reunión celebrada en Panamá en 2013 en la que se discutieron aspectos relacionados con el mercado de soda cáustica.

<sup>215</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**. Archivo denominado: "17-288979-200619Virtual". Ruta de acceso: "E:\17-288979-200619". Minuto: 39:42.

<sup>216</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Archivo "17-288979-200619Virtual". Min: 01:34:59.

<sup>217</sup> Folio 3592 del cuaderno RESERVADA No. 3 del Expediente.

<sup>218</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente.

<sup>219</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Ruta de Acceso: D:\2017-288979-COLORO\2017-288979-COLORO/Reunión Cali[2610088]

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Conforme lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se concluyó que:

*"[T]al y como lo evidencian las diferentes declaraciones y correos electrónicos obrantes en el Expediente, la dinámica anticompetitiva fue orquestada, y sus directrices provenían, desde el más alto nivel jerárquico de administración tanto de **BRINSA** como de **QUIMPAC**, comprometiéndose las actuaciones de Gerentes Generales y Comerciales, Directores y Jefes de Ventas, que desempeñaban un rol determinante en el giro ordinario de los negocios de esas compañías, quienes lamentablemente desatendieron la importancia y relevancia del papel que cumplían en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que se les exigía por la gestión profesional que se les encargó, lo que implica, entre otras cuestiones, velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales que, para el caso que nos ocupa, se traducía en el respeto por las normas que protegen la libre competencia económica"<sup>220</sup>.*

(...)

*"Adicionalmente, se encontró que, en la ejecución del acuerdo en el mercado de cloro y sus derivados, **MAURICIO MEJÍA PARDO** participó de las reuniones sostenidas con funcionarios de **BRINSA**. Así mismo, tuvo conocimiento de cada uno de los procesos de selección de los acueductos y sabía qué sucedía en cada uno. Incluso, fue quien, por lo menos para el caso del acueducto de **EMCALI** en diciembre de 2014, reprochó a **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI** el hecho de que **BRINSA** se hubiera desviado del acuerdo presentando un precio competitivo y se hubieran ganado el contrato. De esta forma, y sabiendo que la conducta estuvo vigente hasta por lo menos junio de 2015, y que **MAURICIO MEJÍA PARDO** continuó en el cargo de Gerente General, es claro que su conducta se extendió por lo menos hasta diciembre de 2014"<sup>221</sup>.*

(...)

*"Debe advertirse que, en razón al cargo que **MAURICIO MEJÍA PARDO** ocupaba, este estuvo en la capacidad de adoptar las medidas necesarias para cesar las conductas contrarias al régimen de la libre competencia económica, sin embargo, no lo hizo. Contrario a esto, apoyó el desarrollo de esas conductas ilegales y contribuyó a la materialización de las mismas"<sup>222</sup>.*

Ahora bien, como se observa, no le asiste razón al recurrente en lo relacionado con que la Superintendencia de Industria y Comercio introdujo una presunción de conocimiento en la ejecución de las conductas ilegales por el simple hecho de ostentar el cargo de administrador de la sociedad. Como se reiteró, existe suficiente evidencia en el Expediente que permite colegir que **MAURICIO MEJÍA PARDO** participó activamente de la ejecución de las conductas violatorias de la libre competencia tanto en el mercado de cloro como en el de soda cáustica.

Es inescindible el hecho de que fue en razón del cargo que ocupaba que prestó su colaboración en la ejecución de las conductas, pues, de no haber estado como Gerente General de **QUIMPAC** –o al menos no laborar en la compañía– muy seguramente no habría sido partícipe de las mismas. En consecuencia, el hecho de haber traído a colación en la Resolución Sancionatoria el régimen societario y la responsabilidad predicable de los administradores no es contrario a derecho.

De esta manera, es importante resaltar que el representante legal de una sociedad es quien tiene la facultad de vincular a la misma a determinado negocio, convenio o acuerdo, legal o ilegal –independientemente de que este pueda considerarse como una extralimitación en el ejercicio de sus funciones–. Por ende, del ejercicio de ese cargo se desprenden unos deberes esenciales como lo son: el de diligencia, el de lealtad, el de administrar con ética y el de representar.

Frente a este particular, la Corte Constitucional ha referido que:

*"En orden a caracterizar el tipo de relación que vincula a los administradores con la sociedad, cabe destacar los deberes que la ley mercantil adscribe a aquellos. Contempla unos genéricos, consistentes en obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia propia de un buen hombre de negocios, orientando sus actuaciones hacia el interés de la sociedad, teniendo en cuenta también los intereses de los asociados".*

<sup>220</sup> Folio 5548R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 68).

<sup>221</sup> Folio 5615 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 201).

<sup>222</sup> Folio 5615 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 201).

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

(...)

*\*Como deberes específicos de observancia en el desempeño de sus funciones de administración prevé los de: (i) Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social; (ii) **velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias**; (iii) velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal; (iv) guardar y proteger la reserva industrial y comercial de la sociedad; (v) **abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada**; (vi) dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos; (vii) abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses (...)\*<sup>223</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En relación con este punto **MAURICIO MEJÍA PARDO** aseveró que la declaratoria de responsabilidad se debió a la aplicación de una presunción traída del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades, cuando era obligación de esta Entidad demostrar la realización de alguno de los verbos contenidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Lo anterior no es cierto, ya que como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria y se ha venido explicando en líneas precedentes, la declaratoria de responsabilidad de este investigado devino de la demostración y prueba de lo que este realizó –por acción u omisión– en el ejercicio de las funciones del cargo. De esa manera, bajo su calidad de gerente general y representante legal de la sociedad ejecutó y autorizó las conductas contrarias al régimen de la libre competencia económica desplegadas por **QUIMPAC** en ambos mercados, faltando así a sus obligaciones como administrador. Incurriendo así en esos dos verbos contenidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por otro lado, **MAURICIO MEJÍA PARDO**, **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) presentaron argumentos relacionados con que la responsabilidad de las personas naturales en materia administrativa sancionatoria es subjetiva y no objetiva, y, en tal forma, la Superintendencia no probó los elementos estructurales de la misma. Para sustentar su posición refirieron la sentencia del 27 de noviembre de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Los investigados refirieron la necesidad de probar el conocimiento consciente de la persona en la realización de los comportamientos.

En relación con esos aspectos subjetivos, **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) refirió que se había limitado a cumplir con sus funciones dentro de la compañía, sin conocer los puntos supuestamente acordados por las empresas cartelistas.

Encuentra este Despacho que, en el precedente judicial referido, el Tribunal estableció que “se requiere un conocimiento consciente del agente de la conducta para que sea jurídicamente reprochable”<sup>224</sup> el comportamiento y que la Superintendencia de Industria y Comercio “tenía la carga probatoria de acreditar fehacientemente la participación en el comportamiento anticompetitivo”<sup>225</sup>. Igualmente que “debió existir un ingrediente subjetivo, dolo o culpa”<sup>226</sup> en relación con la infracción imputada a la persona natural vinculada al agente de mercado.

Sea lo primero advertir que cada caso que analiza y resuelve el Superintendente de Industria y Comercio es único y distinto a los demás. En esa medida el hecho de que, en esa sentencia, se hubiera establecido que no existían pruebas del conocimiento consciente de quien actuaba como representante legal suplente en la ejecución de conductas contrarias a la libre competencia, no implicará que en el presente caso lo mismo ocurra frente a la participación del Gerente General de **QUIMPAC**, la Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC** y el Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General.

<sup>223</sup> Corte Constitucional, sentencia C-384 de 2008.

<sup>224</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2018, p. 30.

<sup>225</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2018, p. 32.

<sup>226</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 19 de octubre de 2018, p. 33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como quedó demostrado en la Resolución Sancionatoria, cada uno de esos investigados tuvo conocimiento consciente de las conductas anticompetitivas, realizó actos para su continuidad e hicieron parte de la dinámica reprochada.

De esta forma, no es relevante para la declaratoria de responsabilidad –más si para la tasación de la multa– el rol o papel desempeñado por cada uno de los investigados, puesto que las conductas anticompetitivas fueron ejecutadas o autorizadas por ellos en conjunto. Es decir, cada uno de sus papeles o funciones en el desarrollo de las conductas ilegales contribuyó a la correcta puesta en marcha de estas en los mercados investigados.

De las pruebas presentadas es claro que esos comportamientos fueron realizados de manera consciente por los investigados, hecho que no implica que esta Entidad deba realizar una valoración minuciosa de elementos subjetivos para estructurar la responsabilidad administrativa, tales como demostrar el dolo o la culpa, pues este juicio iría contra los principios propios de la función pública tales como la eficiencia y economía. No obstante, esto no implica que bajo ese entendido la Superintendencia de Industria y Comercio viole el debido proceso de los investigados.

Frente a la responsabilidad de las personas naturales en este tipo de procedimientos esta Entidad ha indicado que:

*"En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Se ha establecido que tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción<sup>227</sup>.*

*En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:*

- *Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.*
- *Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.*
- *Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, y haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar<sup>228</sup>.*

Pruebas que, en el caso concreto fueron presentadas en la Resolución Sancionatoria y a partir de las cuales se basó la declaratoria de responsabilidad de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General).

Ahora, resulta relevante traer a colación lo que el Consejo de Estado ha indicado en relación con las conductas que no requieren de un resultado en el mercado, tales como los acuerdos restrictivos de la libre competencia. En dichos acuerdos, para declarar la responsabilidad de los infractores, los aspectos subjetivos no resultan relevantes. Ha establecido el alto Tribunal que:

<sup>227</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resoluciones No. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

<sup>228</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"[S]e ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. **Así, la intención o propósito no es un elemento que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción**"<sup>229</sup>.

(...)

"[E]l régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene **la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado**"<sup>230</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Igualmente, en otro caso similar refirió que:

"Ciertamente, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, **no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor**. Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contenido de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios. **Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio – y que dicho sea de paso, no demostró –, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios. En el sub examine, observa la Sala que se configuran los presupuestos para la procedencia de la imposición de las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, i) la existencia del acuerdo entre las demandantes, y ii) su objeto o efecto, indirecto o directo, consistente en fijar precios**".

Indica que no es necesario que se demuestre la intención de quienes celebran un acuerdo de precios para que proceda la imposición de las sanciones correspondientes, puesto que, a su juicio, este tipo de pactos siempre son restrictivos del principio de libre competencia del mercado y el Decreto 2153 de 1992 contempla un tipo de responsabilidad objetiva para este tipo de conductas"<sup>231</sup>.

(...)

"Concluye que **las disposiciones en materia de prácticas restrictivas tienen como función principal la protección a la libre competencia económica en su dimensión objetiva, como interés general, donde los términos "por objeto" y "como efecto", más que permitir identificar el componente subjetivo que motivó a las partes a coordinar sus precios, permite analizar la manera como el acuerdo incide sobre el buen funcionamiento del mercado y el interés de los consumidores. Advierte, por tanto, que no es solo la configuración de la conducta lo que indefectiblemente conlleva la imposición de una sanción, sino la consecuencia causada en detrimento de la actividad que regula la labor comercial**"<sup>232</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

<sup>229</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

<sup>230</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 1728 del 29 de enero de 2019.

<sup>231</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

<sup>232</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 13 de noviembre de 2014, rad. 2013-00254-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo mismo es predicable de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Frente a este particular, esta Superintendencia ha indicado que:

*"[E]n la medida en que las consecuencias de la expresión tendiente a, contenida en la prohibición general, son las mismas a las de la expresión por objeto, resulta evidente que, como lo ha establecido esta Superintendencia y lo ha señalado el Consejo de Estado, los aspectos subjetivos relacionados con la intención o propósito de los agentes de mercado que desarrollan los comportamientos prohibidos por el régimen de la libre competencia no resultan relevantes al momento de analizar su responsabilidad. En esa medida, la intención o propósito no es un elemento configurativo de la violación de la prohibición general"<sup>233</sup>.*

Conforme lo anterior, debe reiterarse que:

*"(i) en el derecho administrativo sancionatorio los principios y elementos propios del derecho penal se aplican en menor grado o no se aplican; (ii) que si bien en materia administrativa no debe probarse el dolo o la culpa del infractor, esto no determina que la responsabilidad sea objetiva; (iii) que debe existir prueba de la acción u omisión de la persona natural para establecer su responsabilidad, o incluso de la posibilidad que esta última tenía de conocer la existencia de las conductas ilegales; y (iv) que la presunción de inocencia pierde vigencia una vez el acto administrativo por medio del cual se declara la responsabilidad de la persona está en firme".*

De la misma forma, el tener que probar aspectos subjetivos, tales como la culpa y el dolo, es una carga desmesurada para la administración y esta iría en contra del principio propio de eficiencia. Frente al particular el Consejo de Estado ha referido que:

*"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa (...)"<sup>234</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Teniendo claridad de esto, esta Superintendencia ha referido en distintas ocasiones que:

*"[P]ara determinar la responsabilidad de una persona natural que infringe el régimen de la libre competencia económica no se requiere probar la culpabilidad de la misma en la realización del comportamiento activo o pasivo, por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida, sin que ello implique un régimen de responsabilidad objetiva, como lo ha clarificado la jurisprudencia previamente referida"<sup>235</sup>.*

En consecuencia, los argumentos de los recurrentes relacionados con este tema son infundados.

Ahora, relacionado con el anterior argumento, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) señalaron que se les había violado su garantía fundamental a la presunción de inocencia.

También, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) refirieron que el principio de necesidad de la prueba se había visto afectado.

Frente a estas supuestas violaciones debe puntualizarse que el principio de necesidad de la prueba, consagrado en el artículo 164 del CGP, se fundamenta en el hecho que para poder tomar una decisión en materia judicial o administrativa, el funcionario fundamente su decisión en pruebas que han sido allegadas legal y oportunamente al proceso. En desarrollo de este principio la Corte Constitucional ha manifestado que:

<sup>233</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019.

<sup>234</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 6 de agosto de 1992, rad. No. 3941.

<sup>235</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 26266 del 5 de julio de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"[E]l artículo 29 de la Constitución establece como elemento del debido proceso la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, así como el principio de exclusión de la prueba ilícita. En el plano legal, el principio de necesidad de la prueba se encuentra íntimamente ligado al derecho fundamental al debido proceso, pues se dirige a evitar cualquier tipo de decisión arbitraria por parte de las autoridades (núcleo esencial de la garantía constitucional citada); y, además, porque la valoración dada a las pruebas, o el juicio sobre los hechos, debe materializarse en la sentencia para que su motivación sea adecuada"*<sup>236</sup>.

Como se observa de la Resolución Sancionatoria, la declaratoria de responsabilidad de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) estuvo sustentada en pruebas que fueron obtenidas en legal forma y de manera oportuna al proceso por prácticas restrictivas de la libre competencia. Por tal razón, dicho principio no ha sido vulnerado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En relación con la garantía fundamental de la presunción de inocencia, la cual se traduce en el derecho que tiene toda persona de ser inocente mientras no se le haya probado lo contrario, la Corte Constitucional ha referido que "(i) se trata de un derecho fundamental, (ii) es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas"<sup>237</sup>. A su vez que:

*"[R]ige, sin excepciones, en el ordenamiento administrativo sancionador, pues el jus puniendi esté condicionado a las resultas del procedimiento contradictorio ya que es allí justamente, en donde tiene cabida las pruebas incriminatorias. De donde el derecho a no sufrir sanción alguna no pierde vigencia por la sola circunstancia de que se esté adelantando el procedimiento respectivo, por cuanto únicamente al momento que éste culmine con la decisión de fondo sobre la responsabilidad de su autor, la presunción queda esfumada; de lo contrario, lo que antes era una verdad interina se torna en una verdad definitiva"*<sup>238</sup>.

Teniendo claridad del contenido de tal principio, no encuentra este Despacho que en la Resolución Sancionatoria se haya vulnerado o violado de alguna manera, pues la presunción de inocencia de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) quedó desvirtuada con la presentación de las pruebas que sustentaron su participación en la ejecución de las conductas anticompetitivas imputadas, investigadas y por las cuales se sancionó a **QUIMPAC** y a **MEXICHEM**.

Por último, según **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) se violó el principio de imparcialidad. Lo anterior toda vez que desde el acto de apertura se evidenciaba una connotación condenatoria por parte de la Entidad.

Frente a este argumento debe reiterarse que:

*"[E]l principio de imparcialidad deriva del derecho al debido proceso. A través de la efectividad de este principio se busca que los ciudadanos no sean juzgados de manera arbitraria, sino que en cambio sean juzgados conforme lo estrictamente señalado en la ley, sin ningún tipo de discriminación o animadversión. De acuerdo con esto, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, trae como mecanismos para garantizar la integridad del principio de independencia el régimen de impedimentos y recusaciones. Así, en caso tal de que un investigado en un proceso por prácticas restrictivas de la libre competencia económica considere que ese principio está siendo vulnerado o potencialmente afectado, puede presentar una recusación contra el funcionario que en ese momento sea el competente dentro del proceso sancionatorio.*

*Teniendo en cuenta el mecanismo idóneo a través del cual los investigados hubieran podido buscar garantizar el principio de imparcialidad, alegado contra la Delegatura, y observando que solo hasta este punto del procedimiento presentaron el argumento, encuentra este Despacho que este no es el momento oportuno ni el trámite para alegar la supuesta parcialidad*

<sup>236</sup> Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009.

<sup>237</sup> Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2017.

<sup>238</sup> Ossa, J. (2009). Derecho administrativo sancionador, p. 250.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la Delegatura, y tampoco se encuentra causal o situación de la cual pueda observarse que la Delegatura no fue imparcial a lo largo de la investigación adelantada contra **MEXICHEM, LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** y los demás investigados. De esta manera, este argumento tampoco prospera<sup>239</sup>.

En tal sentido, dicho mecanismo no fue utilizado por el investigado en el momento oportuno para tal fin.

De esta forma, no les asiste razón a los recurrentes frente a esas alegaciones.

**ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) también manifestó que la Resolución Sancionatoria indicó que él "implementó" la conducta anticompetitiva, verbo no establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Al respecto este Despacho encuentra que en el numeral 11.2.2.4. de la Resolución Sancionatoria se estableció de manera clara que este investigado habría ejecutado actos contrarios a la libre competencia económica en el mercado de soda cáustica. Se estableció que:

*"En consideración de lo anterior, este Despacho concluye que **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado actos para la materialización de la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ejecutada por **QUIMPAC** en el mercado de soda cáustica"<sup>240</sup>.*

No es comprensible entonces el hecho que en el recurso haya establecido que la conducta por la que fue sancionado no hubiese estado señalada en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por tal razón no le asiste razón.

Finalmente, relacionado con las consideraciones sobre la responsabilidad de las personas naturales, **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) estableció que jamás recibió "instrucción, insinuación, u orden para hacer su labor diaria en beneficio de un cartel o como consecuencia de un cartel". A su vez, en la medida en que para la época de los hechos ocupaba el cargo de Jefe de Logística, dentro de sus funciones únicamente estaba cotizar y comprar a los proveedores de soda cáustica.

Frente a este investigado, se estableció en la Resolución Sancionatoria que:

*"[F]ue participe del sistema que limitó la libre competencia en el mercado de soda cáustica, toda vez que conoció de los compromisos que adquirió **MEXICHEM** en la reunión celebrada en Panamá en 2012, envió correos electrónicos recordando lo acordado con los demás cartelistas, comunicó a funcionarios de su compañía que la soda cáustica debía ser comprada a **BRINSA** o **TRICHEM**, y tuvo una participación activa en lo relacionado con el arrendamiento de los tanques de almacenamiento en Cartagena, a sabiendas que esta conducta había sido pactada en la reunión de 2012".*

(...)

*"En consecuencia, **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, puesto que ejecutó actos que conllevaron la materialización del sistema anticompetitivo que limitó la libre competencia económica en el mercado de soda cáustica en Colombia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959)"<sup>241</sup>.*

El hecho de no haber recibido ninguna instrucción, insinuación u orden para realizar comportamientos en pro de un cartel empresarial no justifican el que en efecto hubiera adelantado tales conductas, pues de las pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria queda demostrada su participación en el sistema que limitó la libre competencia económica. Su participación en el sistema quedó demostrada con las siguientes pruebas:

<sup>239</sup> Folio 5600R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 172).

<sup>240</sup> Folio 5616 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 203).

<sup>241</sup> Folio 5616R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 204).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Correo electrónico del 2 de marzo de 2012, enviado por **DIANA MORA CASTRO** (Ejecutiva de Ventas de **MEXICHEM**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), asunto "entregas soda Cartagena"<sup>242</sup>.
- Correo electrónico del 3 de mayo de 2013, enviado por **ADRIANA HERRERA** (Directora de Logística de **TRICHEM**), **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**), **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI** (Gerente de la UEN de Industria de **BRINSA**), **FERNANDO ALFONSO GARCÍA JUÁREZ** (Gerente General de **MEXICHEM MÉXICO**) y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General de **MEXICHEM**), asunto "DETALLES REUNION MEXICHEM/BRINSA / TRICHEM"<sup>243</sup>.
- Correo electrónico del 4 de diciembre de 2012, remitido por **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General de **MEXICHEM**) a **DIANA MORA CASTRO** (Ejecutiva de ventas de **MEXICHEM** para la época de los hechos), asunto "RE: precio soda"<sup>244</sup>.

De esta manera, los argumentos propuestos por las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado relacionados con su responsabilidad no son fundados y por ende, se despachan desfavorablemente.

#### 4.5.2.3. Consideraciones frente a la situación de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) y **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014)

**ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) manifestó que de no revocar su declaratoria de responsabilidad y consecuentemente la multa impuesta, la Superintendencia de Industria y Comercio estaría violando su derecho fundamental a la igualdad al darle un trato discriminatorio injustificado, pues en su concepto, se encuentra en la misma situación fáctica que **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero 2002-2014). Consideró también que el Despacho realizó el juicio de igualdad en la Resolución Sancionatoria de manera equivocada.

Tal y como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria, reitera este Despacho que no es posible comparar la situación de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) con la de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014), puesto que cada una laboraba en una empresa diferente, cumplía funciones distintas, tenía un rol diferente dentro de la dinámica anticompetitiva y estuvo laborando por diferente periodo de tiempo.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el principio de igualdad debe ser aplicado en situaciones comparables. Así, ha establecido que:

*"La determinación del patrón de comparación, parámetro de comparación o tertium comparationis es el primer paso en el examen del respeto del principio constitucional de igualdad, teniendo en cuenta que dicho mandato de optimización sólo resulta predicable de situaciones comparables y, en este caso, implica "(i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una*

<sup>242</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6. Archivo "RE entregas soda cartagena [1112339]". Ruta de acceso: \2017-288979-COLOR\2017-288979-COLOR\_2.

<sup>243</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo: "RE: DETALLES REUNION MEXICHEM/BRINSA /TRICHEM[1149A][697225]". Ruta de acceso: 2017-288979-COLOR\2017-288979-SODA-CÁUSTICA.

<sup>244</sup> Folio 1570 del cuaderno público cloro-soda No. 6 del Expediente. Archivo: "RE\_preco soda[3225546]". Ruta de acceso: 2017-288979-COLOR\2017-288979-COLOR\_2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes"*<sup>245</sup>.

En este entendido, la aplicación del derecho a la igualdad implica, necesariamente, que entre supuestos disímiles el tratamiento que se le deba dar a una situación deba ser completamente diferente. Frente al particular la Corte ha indicado:

*"La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida"*<sup>246</sup>.

En este sentido, como se observa, desde la Resolución de Apertura de Investigación, tanto **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) como **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) fueron vinculadas a la investigación en calidad de facilitadoras de la conducta anticompetitiva imputada a **QUIMPAC** y a **BRINSA** en el mercado de cloro y sus derivados.

Ahora, como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria, si bien quedó claro que la investigación contra ambas se adelantaba para corroborar la posible infracción frente a la misma norma, no debe perderse de vista que: (i) **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) ocupaba el cargo de Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**, con las respectivas funciones de ese cargo; (ii) ha estado vinculada a esa sociedad desde 1992; y (iii) fue parte de la dinámica anticompetitiva facilitando la participación de **QUIMPAC**. Cada uno de estos puntos difiere de las condiciones y comportamientos realizados por **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014).

Debe advertirse nuevamente que, según **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), el Despacho le estaría dando un trato desigual al dado a **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) –a quien se le archivó la investigación por haber operado la caducidad– en la medida en que ella se habría comunicado exclusivamente con esa funcionaria de **BRINSA**. Y, al haberse retirado esta de **BRINSA** en junio de 2014, la Superintendencia debía archivarle la investigación a **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** por la misma razón.

En consecuencia, bajo el análisis de igualdad no es posible aseverar que **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** y **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) debían recibir el mismo trato. Al respecto debe reiterarse que:

*"[L]as situaciones relacionadas con las empresas a las que estaban vinculadas **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** y **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** no son comparables, más si se tiene en cuenta que la conducta restrictiva de la competencia en el mercado de cloro se extendió hasta por lo menos diciembre de 2014 y que **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** únicamente laboró en **QUIMPAC** hasta junio de 2014. En este sentido, al no pasar la primera etapa del juicio de igualdad es posible afirmar que en la medida en que están en situaciones diferentes, la Constitución y la ley permiten que se les otorgue un trato diferenciado"*<sup>247</sup>.

Finalmente, se pone de presente nuevamente que, si bien la dinámica del acuerdo pudo haber cambiado con el retiro de **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** (Jefe de Ventas de la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Eje Cafetero de **BRINSA**, 2002-2014) de **BRINSA**, lo cierto es que **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) también se comunicaba con otros funcionarios de **BRINSA** –por ejemplo **LIGIA YOLANDA CECILIA**

<sup>245</sup> Corte Constitucional, sentencia C-091 de 2018.

<sup>246</sup> Corte Constitucional, sentencia C-862 de 2008.

<sup>247</sup> Folio 5594 del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 185).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**BARRANTES PLATA** (Directora de Ventas de la UEN de Industria de **BRINSA**)<sup>248</sup>, motivo por el cual sin **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA** continuó la ejecución del acuerdo y su participación en el mismo.

De conformidad con los motivos expuestos, el argumento presentado por **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) es infundado.

#### 4.5.3. Consideraciones frente a los argumentos presentados por las personas naturales frente a la dosificación de las sanciones impuestas

4.5.3.1. Argumentos comunes sobre la dosificación de las sanciones impuestas presentados por **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**)

**MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) presentaron un conjunto de argumentos tendientes a concluir que las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio resultaron de un ejercicio arbitrario en el que no parece haber una correlación importante entre dichas sanciones y los criterios previstos por la Ley 1340 de 2009 para definir las multas a personas naturales. En este sentido, su conclusión principal radicó en que, en su concepto, las multas fueron desproporcionadas. Si bien los sancionados presentaron recursos de reposición independientes, los argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones son análogos, de modo que este Despacho procederá a resolverlos conjuntamente.

En primer lugar, afirmaron que el cargo de la persona en la empresa y el tiempo durante el cual tuvo participación en el cartel no aparecen en la Ley 1340 de 2009 ni en ninguna otra norma relacionada con la dosificación de sanciones por prácticas restrictivas de la competencia, de modo que no puede ser tenido en cuenta como criterio para fijar el monto de las sanciones.

En segundo lugar, señalaron que pese a que la Superintendencia de Industria y Comercio verificó que ninguno de ellos cometió conductas anticompetitivas con anterioridad, no tuvo esto en cuenta en la dosificación de sus sanciones, de modo que, si se comparan las mismas con aquellas impuestas a personas naturales sancionadas en el pasado por conductas reiteradas, puede identificarse que son similares.

Subsiguientemente, argumentaron que tuvieron un comportamiento apegado a la buena fe y al debido proceso, se presentaron siempre que fueron requeridos ante la Autoridad y aportaron toda la información que les fue requerida. En este sentido, indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio debió tener en cuenta esta información para la valoración del criterio de conducta procesal. En este punto, agregaron que se les impuso una multa más alta, tanto comparada con otros sancionados en la presente investigación, como con sancionados de otras investigaciones pasadas.

En cuarto lugar, aseveraron que, de acuerdo con la teoría económica, si el daño calculado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el mercado de cloro fue de 21 mil millones de pesos y las multas impuestas totales fueron varias veces superiores para dicha infracción, esto representaría una extracción de rentas.

Posteriormente, aseguraron que las multas impuestas no fueron consecuentes con la situación financiera de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) pues está asumiendo que estas personas naturales vinculadas a **QUIMPAC** derivaban un beneficio económico extraordinario por el cartel.

Finalmente, indicaron que las multas resultarían en expropiación pues: (i) para el caso de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) representa el █% de sus ingresos de 2017, monto estadísticamente superior a las multas de los demás sancionados; (ii)

<sup>248</sup> Folio 4307 del cuaderno RESERVADA SIC No. 4 del Expediente. Declaración de **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**. Archivo denominado: "17-288979-200619Virtual". Ruta de acceso: "E:\17-288979-200619". Minuto: 01:12:09.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**), resultaría en una disminución importante de su patrimonio, que además no proviene de sus rentas laborales y representa el ■■■% de las mismas; (iii) para **ANDRÉS CORAL CARVAJAL**, la sanción es equivalente al ■■■% de su patrimonio de 2017, monto que también resulta superior a las multas de los demás sancionados; y (iv) estas representan el ■■■% del patrimonio de 2017 y el ■■■% de las rentas laborales del mismo año de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**).

Antes de responder los argumentos anteriormente planteados, este Despacho debe precisar que, contrario a los recursos de reposición de **QUIMPAC** y **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), que contaron con algunos ejercicios económicos de soporte, en el caso de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) no se encontró dicho análisis contenido en sus recursos de reposición. Esto lleva a que todas las afirmaciones realizadas respecto de que las multas en sus casos son más altas que aquellas impuestas por esta Superintendencia en otras investigaciones previas resulten infundadas. Por lo anterior, argumentos sin soporte como este deben ser descartados por este Despacho. Sobre el ejercicio económico presentado por **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), este Despacho se pronunciará en el siguiente numeral.

Sobre el hecho de que esta Superintendencia tuvo en cuenta el cargo del sancionado en la empresa, así como su duración en el mismo, debe advertirse que, si bien es cierto que, como lo indicaron los investigados, el cargo que tienen las personas naturales dentro de la empresa infractora no es un criterio previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, lo cierto es que dichos cargos son evaluados por esta Superintendencia en conjunto con las pruebas existentes en el Expediente para determinar el grado de participación de la persona implicada, criterio explícito en el referido artículo. Es decir, para esta Superintendencia es claro que, dependiendo de la dinámica de las conductas anticompetitivas, hay cargos en las empresas más relevantes que otros, ya sea para la ejecución de las conductas, como para autorización y monitoreo de las mismas, de modo que el cargo que ostente una persona natural, en conjunto con las pruebas que reposen en el expediente, son elementos clave para determinar su grado de participación en la infracción.

Ahora bien, la duración de la persona en el cargo resulta ser un elemento útil para la determinación de la persistencia del agente facilitador en la conducta infractora. Lo anterior, toda vez que la salida de la empresa o el cambio significativo de cargo dentro de la misma es una señal que, entendida en contexto con otros elementos de la investigación, puede ser lo suficientemente fuerte como para determinar la cesación de la participación de una persona en una conducta anticompetitiva.

Por todo lo anterior, no se equivoca este Despacho al considerar que, de manera indirecta pero importante, el cargo que ostente una persona dentro de una empresa, y la duración del mismo, son elementos a tener en cuenta al momento de establecer su responsabilidad en la comisión de la conducta, y por ende, de dosificar su sanción.

Respecto de la ausencia de antecedentes en la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, esta Superintendencia invita a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) a revisar los numerales 14.2.2.1., 14.2.2.2., 14.2.2.3. y 14.2.2.4. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria en los que es claro y explícito que, en el criterio relacionado con la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho acreditó que ninguno de los arriba señalados había cometido infracciones previas al régimen de protección de la libre competencia, elemento que fue considerado como uno de los criterios de la dosificación de las sanciones. Por tal razón, no es cierto lo presentado por los sancionados y el argumento no resulta ser de recibo.

Sobre las consideraciones expuestas relacionadas con la conducta procesal que, en opinión de los recurrentes, no fue valorada correctamente, este Despacho reitera lo señalado a **QUIMPAC** anteriormente en cuanto a que lo observado a lo largo del trámite administrativo fue apenas el comportamiento esperado por parte de esta Superintendencia. En otras palabras, que hayan asistido a las citaciones, declarado ante la Delegatura y aportado la información requerida resultan en actuaciones apenas coherentes con el ejercicio de su defensa y no pueden ser entendidas como una circunstancia positiva. Contrario a esto, existieron durante la presente investigación, personas naturales que sí colaboraron con la investigación, o bien en el marco del PBC, o bien aceptando los cargos a ellos imputados, de tal suerte que **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**),

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) no pueden esperar la misma valoración a su conducta procesal que la que tuvieron dichos agentes.

Por otro lado, en relación con el impacto de la conducta reprochada en el mercado de cloro, se reitera que la estimación presentada en la Resolución Sancionatoria no es reflejo del efecto total que sobre el mercado tuvo el acuerdo anticompetitivo que durante más de doce (12) años se llevó a cabo en el mercado. Adicionalmente, se recuerda que, si bien el impacto de la conducta en el mercado es un criterio de dosificación de las sanciones, el mismo no es el único de modo que no necesariamente las sanciones deben corresponder al cálculo de este. Incluso, este Despacho no está en la obligación, para sancionar, de cuantificar dicho impacto. Esto indica que, pese a que debe existir una relación entre ambas variables, la misma no necesariamente debe resultar perfecta. En esta medida, el argumento planteado por los recurrentes resulta ser impertinente.

Tampoco es de recibo por parte de este Despacho el reproche realizado por los recurrentes consistente en que sus sanciones son el reflejo de un supuesto erróneo con el que esta Superintendencia está asumiendo que estas personas derivaban un beneficio económico extraordinario por el cartel. Lo anterior por cuanto en ningún momento durante la Resolución Sancionatoria, particularmente en los numerales relacionados con la dosificación de las multas, se está atribuyendo dicho beneficio a las personas naturales. De haberse tenido dicho supuesto como cierto, las multas a ellas impuestas hubiesen sido significativamente superiores en cuanto hubiesen reflejado tal beneficio económico extraordinario. Se reitera que no es cierto que este Despacho haya asumido que el beneficio derivado por el cartel se trasladó directamente a las finanzas de las personas naturales ejecutoras de la conducta anticompetitiva. Así las cosas, el argumento resulta ser inválido.

Finalmente, este Despacho pasará a indicar por qué no le asiste la razón a los investigados cuando afirman que las multas resultan expropiatorias, refiriéndose a la situación financiera resaltada por cada uno de ellos.

Tanto **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) como **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) expusieron que las sanciones representan el █% de su ingreso y el █% de su patrimonio, respectivamente, y que las mismas resultan ser estadísticamente superiores a las impuestas a los demás sancionados.

Respecto de los porcentajes mencionados, y analizando integralmente la situación financiera que a 2017 presentaron los sancionados –siendo esta la más actualizada disponible en el Expediente–, no encuentra este Despacho que las sanciones, al representar dichos porcentajes, resulten siendo expropiatorias. Es importante tener en cuenta que si las mismas representaran porcentajes menores de ingresos y patrimonios, el efecto disuasorio y represivo sería nulo, de modo que debe partirse del hecho de que las sanciones deben ser significativas para los infractores con el fin de que cumplan con su propósito.

Ahora bien, que las sanciones impuestas a **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**) y a **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) sean superiores que las de otros sancionados es una afirmación muy lejana a la realidad. Pese a que como se ha resaltado continuamente en el presente acto administrativo, dichas comparaciones no resultan útiles ni adecuadas, también es cierto que ni en montos absolutos ni en montos relativos a ingresos o patrimonio, las sanciones de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** resultan ser las más altas impuestas en la presente actuación administrativa. Incluso, si se observan los montos impuestos en valores absolutos, la sanción de **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** es la menor de todas y la de **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** es significativamente menor que la multa total promedio impuesta a las personas naturales. Si se observan las mismas, como proporción de los ingresos o del patrimonio, tampoco resultan, por diferencias importantes, haciendo parte de las multas más altas impuestas.

Para el caso de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**), los sancionados manifestaron que la multa representa el █% y el █% de sus rentas laborales, respectivamente, y que implicarían una disminución importante de su patrimonio. Habiendo revisado dicha información, pudo determinarse, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, que la multa impuesta a **MAURICIO MEJÍA PARDO** y a **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI**, que se recuerda participaron de manera protagónica en ambas conductas anticompetitivas con un rol fundamental en la ejecución de las mismas, de modo que fueron sancionados por dos infracciones al régimen, representan cerca del █% del patrimonio líquido de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**MAURICIO MEJÍA PARDO** y del ██████% del patrimonio líquido de **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI**, cifras que distan de ser confiscatorias o expropiatorias. Para este Despacho, habiendo tenido en consideración los criterios señalados al momento de dosificar ambas sanciones, los montos totales de las multas impuestas resultan ser proporcionales y adecuados para la gravedad de las conductas cometidas por los recurrentes. Así las cosas, estos argumentos serán descartados.

Por todo lo anterior, este Despacho concluye que las sanciones impuestas a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO** (Coordinadora de Servicio al Cliente de **QUIMPAC**), **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI** (Gerente Comercial de **QUIMPAC**) y **ANDRÉS CORAL CARVAJAL** (Gerente Logístico de **QUIMPAC**) fueron el resultado de un ejercicio correcto de dosificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, de modo tal que no serán modificadas.

#### **4.5.3.2. Argumentos particulares relacionados con la sanción impuesta a MAURICIO MEJÍA PARDO (Gerente General de QUIMPAC)**

Adicionales a los argumentos ya resueltos, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) presentó un ejercicio econométrico con información que le permitió concluir que la multa impuesta por esta Superintendencia fue excesiva, al ser comparada con la multa impuesta a otras personas naturales igualmente responsables en esta misma investigación, así como con otras personas naturales en acuerdos anticompetitivos sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio entre 2013 y 2019.

En el ejercicio presentado, consistente en comparar las sanciones impuestas a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) con otras a personas naturales sancionadas entre 2013 y 2019, el recurrente arribó a las siguientes conclusiones:

- Se observa una baja correlación entre las sanciones y la gravedad de la infracción, y más bien se observan unas multas que están en función de los ingresos.
- La multa tiene en cuenta ingresos totales. Es decir, captura ingresos que no están relacionados con el mercado en el que se dio la conducta reprochada. Esto hace que la misma deje de ser equitativa, proporcional e igualitaria y se convierta en un sistema de recaudo y no de internalización de los costos sociales asociados al cartel.
- La multa de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) está por encima de lo que se considera la relación media entre el patrimonio y la multa total para todas las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria.
- Pese a que la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que las multas a imponer estarían en función del tiempo durante el cual las personas naturales tuvieron participación en el cartel, este parece no haber sido un criterio usado en la dosificación de la sanción impuesta a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) pues la misma se desvía totalmente de la tendencia construida a partir de todas las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria.
- Si se compara la sanción de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) con la impuesta a personas naturales sancionadas por conductas reiterativas, como en el caso de "Vigilancia" o "Cementos", puede identificarse que la misma es similar a estas, siendo que **MAURICIO MEJÍA PARDO** no incurre en comportamientos reiterados.
- Respecto del comportamiento procesal de las personas naturales de **QUIMPAC**, la Superintendencia de Industria y Comercio guardó silencio para el caso de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**).
- La multa no es proporcional al "daño" que calculó el Despacho, pues la misma incluye ingresos de otras líneas de negocio diferente a aquella de la que se "beneficiaron" del supuesto cartel.
- La sanción de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) es significativamente mayor que la de personas naturales en situaciones equivalentes, como las de los casos de Cementos, Cuadernos, Pañales y Papel Higiénico, en los que los daños calculados por la Superintendencia de Industria y Comercio fueron muy superiores.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalmente, aseguró que, teniendo en cuenta el principio de igualdad y para evitar multas confiscatorias, la sanción a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) no podría ser mayor a 100 SMMLV y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, las multas combinadas no deberían ser superiores al 20% de sus ingresos netos.

Con el fin de dar respuesta a los anteriores argumentos, este Despacho inicia por resaltar que los errores metodológicos del ejercicio propuesto por **QUIMPAC** aplican en su totalidad al realizado por **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), de modo que sus resultados, pese a que serán valorados por este Despacho, están contaminados por dichas fallas por lo que, de entrada, resultan inapropiados y las conclusiones erradas.

Teniendo presente lo anterior, es importante indicar que, contrario al caso de **QUIMPAC** y las demás personas naturales vinculadas a la empresa, en el caso de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), las conclusiones presentadas en su recurso de reposición sí contaron con un debido soporte de datos que le permitió a esta Superintendencia revisar la información utilizada para llegar a los resultados expuestos en el documento en mención. Por tal razón, se hará uso de dicha información para dar respuesta a los argumentos.

En primer lugar, no es cierto que la multa haya sido motivada por la situación económica del infractor, como erróneamente lo señaló el recurrente al concluir que las sanciones impuestas tienen una relación positiva con los ingresos de los agentes sancionados en la Resolución Sancionatoria.

De dicha relación no puede interpretarse nada diferente a que este Despacho sí tiene en cuenta la capacidad de pago, reflejada en la situación financiera de los individuos, entre muchos otros criterios, para determinar el monto de las multas. Lo anterior en la medida en que no sería lógico que se impusiera una multa igual a dos agentes que, *ceteris paribus*, tuvieran ingresos diametralmente diferentes. Si esto fuera así, la multa perdería su proporcionalidad. Por el contrario, al tomar en cuenta información como el patrimonio y los ingresos de los investigados, puede asegurarse que la multa cumplirá su propósito, de manera proporcional, con cada uno de los sancionados.

Ahora bien, reconocer dicha relación positiva: (i) no implica que esta información financiera sea el único criterio que tiene en cuenta esta Superintendencia; (ii) garantiza en gran medida la proporcionalidad de las sanciones; (iii) permite a los sancionados tener la capacidad de pago de las mismas; y (iv) no desconoce que la gravedad del comportamiento de cada investigado juega un rol importante en el proceso de dosificación. En este sentido, no encuentra este Despacho ninguna falla en el hecho de que exista la relación positiva que intenta desprestigiar el recurrente, de modo que el argumento no será de recibo.

Sobre los ingresos, el recurrente adicionó que esta Superintendencia tiene en cuenta ingresos totales de modo que no están relacionados con el mercado en el que se dio la conducta reprochada. Este argumento no tiene sentido lógico alguno en la medida en que, dado que lo que refleja es la capacidad de pago de las personas naturales son sus ingresos y su patrimonio, este Despacho no tiene otra opción que tomar su declaración de renta como referencia para garantizar que la multa no resulte desproporcionada o confiscatoria. Desconoce este Despacho si en el caso de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) sus rentas laborales se encuentran discriminadas por cada uno de los mercados en los que actúa como representante legal de **QUIMPAC**, pero lo cierto es que de la información disponible en el Expediente, tal discriminación es imposible de realizar. Por lo anterior, no existe posibilidad para que esta Superintendencia tenga en cuenta únicamente los ingresos relacionados con el mercado en el que se dio la conducta reprochada, discriminación que sí puede realizarse con facilidad para el caso de agentes de mercado.

El recurrente también manifestó que la sanción impuesta está por encima de la relación media entre multa y patrimonio para todas las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria. Frente al particular debe señalarse que, dado que cada uno de los agentes tiene particularidades ya sea de su participación en las conductas, de la gravedad de las mismas, entre otras, tal comparación impide llegar a la conclusión a la que llegó **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**). Por ejemplo, el investigado fue el único Gerente General y Representante Legal que participó, en un rol protagónico y durante la totalidad de duración de las infracciones, en ambas conductas sancionadas. De allí, entonces, deben descartarse todos los demás investigados que fueron sancionados, ya sea porque incurrieron en infracción de una única conducta, porque no tuvieron roles protagónicos en la ejecución de las mismas o porque se concluyó que su responsabilidad fue menor.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora, si en gracia de discusión no se tuvieran en cuenta los elementos arriba mencionados que indican que las conductas de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) son las más gravosas de las personas naturales sancionadas en el presente caso, debe recordarse que si bien el monto absoluto de la multa sí resulta ser el mayor, este representa apenas el █% de su patrimonio líquido, porcentaje que dista significativamente de ser el más alto entre los sancionados. En algunos casos, la multa llegó a representar cerca del █% del patrimonio líquido de otros sancionados y la relación promedio fue de █%. Observando las cifras expuestas, es evidente que pese a que la multa de **MAURICIO MEJÍA PARDO** está por encima de dicha media, esta diferencia resulta ser mínima y no significativa.

En cuanto a las comparaciones realizadas respecto de la persistencia de la conducta infractora y la inexistencia de antecedentes de infracción del régimen de protección de la libre competencia, debe destacar nuevamente este Despacho que, encontrar que el recurrente está por encima de la línea de tendencia construida en el ejercicio econométrico puede ser simplemente el reflejo de otras variables que dicha tendencia construida no captura. Como ya se indicó en las respuestas a **QUIMPAC**, compararse con agentes que si bien son recurrentes, cometieron conductas diferentes, tienen tamaños diferentes y su participación en las conductas de las empresas que representaron también fue diferente a la de **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**), en nada refleja imprecisiones o fallas en el ejercicio de dosificación realizado por esta Superintendencia.

A manera de ejemplo, el recurrente se compara con personas naturales infractoras de conductas como acuerdos de fijación de precios, colusiones en procesos de contratación pública, prohibiciones generales también relacionadas con compras públicas, entre otros que son sustancialmente diferentes a las reprochadas en este caso.

Entonces, que la sanción impuesta a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) – que además es la suma de sus dos infracciones– sea superior a la de agentes que han sido reincidentes no indica que se haya tratado al investigado como tal, sino que en el ejercicio de dosificación existieron múltiples factores que le permitieron concluir a este Despacho, como detalladamente lo señaló, que el monto de las multas a imponerle era el que efectivamente se le impuso y no otro menor.

**MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio guardó silencio en lo relacionado con su conducta procesal. Lo anterior es completamente alejado de la realidad pues, en el numeral **14.2.2.1**, de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria se señaló:

*"En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra"<sup>249</sup>.*

Lo anterior, además de indicar que este Despacho no guardó silencio al respecto, como equivocadamente lo afirmó el recurrente, lo que refleja es la conclusión de un análisis del comportamiento procesal del mismo durante la presente actuación administrativa. Que el sancionado no comparta dichas conclusiones no indica que el criterio referido no haya sido tenido en cuenta por la Autoridad.

Sobre el ejercicio de cuantificación del impacto de la conducta en el mercado de cloro, **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) aseveró que el mismo incluye ingresos de la compañía de otras líneas de negocio diferentes a aquella que se vio afectada por el cartel. En este sentido, indicó que por los errores al calcular dicho impacto, la multa no resulta proporcional al beneficio obtenido por el infractor con la conducta.

Este argumento no es de recibo por este Despacho por ser incorrecto. Como bien se señaló en la Resolución Sancionatoria, únicamente se tuvieron en cuenta las ventas de cloro a clientes directo con el fin, justamente, de delimitar el análisis a aquella línea de negocio que se vio impactada con la conducta de los sancionados. Lo cierto es que dicho análisis fue apenas una subestimación del daño causado por el cartel con lo cual, el beneficio obtenido por los infractores, fue superior a lo presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la sección a la que se refiere el recurrente.

<sup>249</sup> Folio 5626R del cuaderno público cloro-soda No. 20 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 226).

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

Lo anterior puede también responder, en parte, por qué no es cierto que puedan hacerse comparaciones entre las multas impuestas en diferentes casos y los daños estimados por esta Superintendencia en dichos casos. Como ha sido enfática esta Autoridad, las cuantificaciones que se han presentado en los diversos escenarios no necesariamente corresponden al daño exacto generado por las conductas competitivas sobre los mercados. Esto implica también que no necesariamente deba existir una relación positiva y perfecta entre la multa impuesta y el daño estimado. Finalmente, debe reiterarse que para este Despacho no es cierto que las situaciones de los investigados en casos como "Cementos", "Cuadernos", "Pañales y Papel Higiénico" sean equivalentes a la de los sancionados en el presente caso.

Finalmente, aseguró que, teniendo en cuenta el principio de igualdad y para evitar multas confiscatorias, la sanción a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**) no podría ser mayor a 100 SMMLV y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, las multas combinadas no deberían ser superiores al 20% de sus ingresos netos.

El anterior argumento es infundado, de modo que será descartado por este Despacho. De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia puede imponer a los facilitadores multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción. En otras palabras, no es el monto máximo histórico en salarios mínimos de sanciones impuestas el límite superior que tiene esta Autoridad para imponer multas, mucho menos cuando ya se ha acreditado suficientemente que los casos con los que se comparó el sancionado no son equivalentes al presente. En este mismo orden de ideas, tampoco es cierto que la multa total no pueda ser superior al 20% de los ingresos netos pues, además de que esta variable financiera no está dispuesta en la ley como criterio de dosificación de las sanciones, lo cierto es que la misma solo se considera de manera auxiliar para garantizar la capacidad de pago de los individuos. Habiendo revisado la situación financiera, no encuentra este Despacho que la multa total impuesta sea confiscatoria o expropiatoria.

Por todo lo anterior, este Despacho no modificará el monto de las multas impuestas a **MAURICIO MEJÍA PARDO** (Gerente General de **QUIMPAC**).

#### **4.5.3.3. Argumentos relacionados con las sanciones impuestas a MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO (Gerente General de TRICHEM) y GIOVANNI RATTALINO BORDA (Director de Logística de TRICHEM)**

**MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**) y **GIOVANNI RATTALINO BORDA** (Director de Logística de **TRICHEM**) manifestaron que la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio no incluyó el 15% de descuento otorgado por su colaboración con la investigación.

Al respecto, este Despacho se permite aclarar que, tal y como fue indicado en el criterio relacionado con la conducta procesal de los investigados, se tuvo en cuenta que existió una efectiva colaboración con la Autoridad y que dicha colaboración sí hizo parte de la dosificación de las sanciones.

Si bien en el caso de las personas naturales no se identificó en la Resolución Sancionatoria el monto en salarios mínimos al que equivalía dicho descuento, en la medida en que a diferencia de los agentes de mercado, la ley no prevé un criterio expreso de atenuación por colaboración con la Autoridad para los agentes facilitadores de las conductas, lo cierto es que en concordancia con lo dispuesto en el numeral décimo tercero de la Resolución Sancionatoria, debe entenderse que la sanción impuesta ya tenía incorporado dicho descuento.

Así las cosas, esta Superintendencia se abstendrá de realizar descuento alguno sobre el monto de las sanciones impuestas a **GIOVANNI RATTALINO BORDA** (Director de Logística de **TRICHEM**) y a **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO** (Gerente General de **TRICHEM**).

#### **4.5.3.4. Argumentos relacionados con la sanción impuesta a LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA (Jefe de Logística de MEXICHEM para la época de los hechos y actual Gerente General)**

**LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio no realizó un análisis de sus ingresos y declaraciones de renta, ni de la época de los hechos ni de la actualidad,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por lo cual la cuantificación del monto correspondió, en su criterio, a una suma arbitraria y sin motivación.

Como se manifestó previamente, lo anterior es alejado de la realidad, toda vez que en el ejercicio de dosificación de las sanciones, además de tener en cuenta los criterios impuestos por la ley, esta Superintendencia busca que la multa no sea ni expropiatoria ni confiscatoria, y que pueda garantizarse la capacidad de pago de los sancionados. En este sentido, este Despacho realizó, para cada una de las personas naturales, un análisis de su declaración de renta más actualizada, disponible en el Expediente, que en el caso de **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) correspondió a la de 2017, que resulta ser la información financiera más adecuada para determinar su capacidad de pago de la sanción.

Debe resaltarse que la multa impuesta representó apenas el █% del patrimonio líquido del sancionado y el █% aproximadamente de sus ingresos. Lo anterior fue descrito en la Resolución Sancionatoria, de modo que no es cierto que no se haya tenido en cuenta dicha información para la cuantificación del monto.

Por otro lado, tampoco es cierto que la sanción fuese una suma arbitraria y sin motivación. Pese a que, como se resaltó, no es obligación de esta Autoridad referirse expresamente a cada uno de los criterios de dosificación, lo cierto es que en la sección correspondiente al monto de las multas se presentó detalladamente el análisis que este Despacho realizó para determinar el monto a imponer a cada uno de los investigados. Para el caso de **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), así como para los demás casos, esta Superintendencia se refirió a su persistencia en la conducta infractora y al impacto de la misma en el mercado, estableció que el investigado no había sido sancionado previamente por conductas violatorias del régimen de libre competencia, valoró su conducta procesal y, finalmente, determinó el grado de participación del sancionado en la conducta reprochada. De esta manera, es evidente que el recurrente incurrió en un error al afirmar que la sanción impuesta fue arbitraria y no tuvo motivación, de tal suerte que el argumento será descartado por estar infundado.

De otra parte, **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General) aseveró que no es cierto que esta Superintendencia haya tenido en cuenta el cargo ejercido por el sancionado, pues en su rol de jefe de logística solo recibía órdenes y articulaba un trabajo operativo, lo que riñe con un participante y concedor de un acuerdo anticompetitivo.

Frente al particular, este Despacho reitera lo expuesto en respuesta a los demás argumentos presentados por el sancionado sobre su responsabilidad en la comisión de la infracción. Si bien esta Superintendencia no desconoce que en el marco de su cargo en **MEXICHEM** el investigado no tiene un cargo de primer nivel en la jerarquía de la empresa, tampoco puede desconocer que esto no fue impedimento para que el mismo participara activamente en la ejecución de la conducta desplegada por la misma. Como quedó ampliamente demostrado, **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA** (Jefe de Logística de **MEXICHEM** para la época de los hechos y actual Gerente General), en el marco de sus funciones —e incluso de su trabajo operativo— sostuvo contacto con los demás sancionados que permitió un correcto cumplimiento de lo acordado en las diferentes reuniones presenciales sostenidas. Así, para este Despacho no es de recibo un argumento como el presentado por el investigado.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR** el **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019, el cual quedará así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

**"ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR** que **BRINSA S.A.**, identificada con NIT. 800.221.789-2, cumplió con el Programa de Beneficios por Colaboración respecto de la investigación por la infracción del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en el mercado de cloro y sus derivados y, en consecuencia, **CONCEDER** la exoneración total del pago de la multa impuesta".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 3.1 del **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019, el cual quedará así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

**3.1. A BRINSA S.A.**, identificada con NIT. 800.221.789-2, una multa de **TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES ONCE MIL CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.489.011.040.00)** equivalentes a **CUARENTA MIL CUATROCIENTOS CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40.440 SMMLV)**.

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, **EXONERAR** a **BRINSA S.A.**, identificada con NIT. 800.221.789-2, del pago del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta, en su condición de delatora."

**ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR** el numeral 3.2. del **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019, el cual quedará así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

**3.2. A QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT. 890.322.007-2, una multa de **TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$35.629.690.900.00)** equivalentes a **CUARENTA Y TRES MIL VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (43.025 SMMLV)**.

**ARTÍCULO CUARTO: MODIFICAR** el **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019, el cual quedará así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

**ARTÍCULO QUINTO: IMPONER** las siguientes sanciones a las siguientes personas naturales vinculadas con **BRINSA S.A.**, identificada con NIT. 800.221.789-2, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con los motivos expuestos en la presente Resolución:

**5.1. A JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.694.711, una multa de **TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$37.265.220.00)** equivalentes a **CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (45 SMMLV)**.

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, **OTORGAR** a **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.694.711, una exoneración del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta.

**5.2. A LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.071.412, una multa de **NUEVE MILLONES CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.109.276.00)** equivalentes a **ONCE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (11 SMMLV)**.

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, **OTORGAR** a **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.071.412, una exoneración del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta.

**5.3. A GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.685.054, una multa de **SEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$6.624.928.00)** equivalentes a **OCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (8 SMMLV)**.

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, **OTORGAR** a **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.685.054, una exoneración del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta.

**5.4. A JUAN CAMILO ARANGO BIBOLOTTI**, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.523.178, una multa de **CIENTO VEINTIOCHO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$128.357.980.00) equivalentes a CIENTO CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (155 SMMLV).**

**5.5. A GUILLIANA QUEVEDO CRUZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.707.142, una multa de VEINTIDOS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CIENTO TREINTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$22.359.132.00) equivalentes a VEINTISIETE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (27 SMMLV)."**

**ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR** el numeral 9.2. del **ARTÍCULO NOVENO** de la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019, el cual quedará así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

**"9.2. A QUIMPAC DE COLOMBIA S.A., identificada con NIT. 890.322.007-2, una multa de ONCE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$11.883.464.600.00) equivalentes a CATORCE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (14.350 SMMLV)".**

**ARTÍCULO SEXTO: CONFIRMAR** en sus partes restantes la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019.

**ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **BRINSA S.A.**, identificada con NIT No. 800.221.789-2; **QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT No. 890.322.007-2; **TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.108.493-8; **MEXICHEM DERIVADOS DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT No. 832.010.819-6; **JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.694.711; **JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI**, identificado con cédula de ciudadanía No. 98.523.178; **LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.071.412; **GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 39.707.142; **GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.685.054; **MAURICIO MEJÍA PARDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.601.625; **ANDRÉS HOLGUÍN SARDI**, identificado con cédula de ciudadanía No. 94.429.769; **ISABEL CRISTINA PRADO OTERO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.910.057; **ANDRÉS CORAL CARVAJAL**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.751.044; **MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.495.049; **GIOVANNI RATTALINO BORDA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.422.752, y **LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.377.743, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

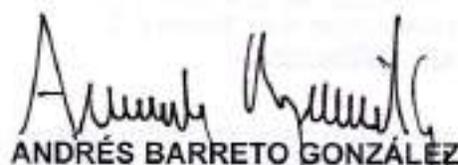
**ARTÍCULO OCTAVO: COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a **FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.319.763.

**ARTÍCULO NOVENO: COMUNICAR** el contenido de la Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019 y de la presente Resolución a la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, a los **24 ENE 2020**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**

  
**ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**NOTIFICAR:****BRINSA S.A.**

NIT: 800.221.789-2

Apoderado**GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.

Calle 98 No. 9A-41, edificio AB Proyectos, oficina 309, Bogotá D.C.

[mcastiblanco@ibarra.legal](mailto:mcastiblanco@ibarra.legal)**JUAN CARLOS MORENO CHAMORRO**

C.C. 71.694.711

**JUAN CAMILO ARANGO BIBOLLOTTI**

C.C. 98.523.178

**LIGIA YOLANDA CECILIA BARRANTES PLATA**

C.C. 52.071.412

**GUILLIANA QUEVEDO CRUZ**

C.C. 39.707.142

**GLORIA CRISTINA SÁNCHEZ MORENO**

C.C. 43.685.054

Apoderado**MAURICIO JARAMILLO CAMPUZANO**

C.C. 80.421.942

T.P. 74.555 del C.S. de la J.

Calle 67 No. 7-35, oficina 1204, Bogotá D.C.

[mjaramillo@gomezpinzon.com](mailto:mjaramillo@gomezpinzon.com)**QUIMPAC DE COLOMBIA S.A.**

NIT: 890.322.007-2

Apoderado**DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO**

C.C. 79.556.665

T.P. 76.433 del C.S. de la J.

Calle 90 No. 19-41, oficina 301, Bogotá D.C.

**MAURICIO MEJÍA PARDO**

C.C. 16.601.625

**ANDRÉS HOLGUÍN SARDI**

C.C. 94.429.769

**ISABEL CRISTINA PRADO OTERO**

C.C. 31.910.057

**ANDRÉS CORAL CARVAJAL**

C.C. 16.751.044

Apoderado**ÁLVARO ENRIQUE MACÍAS RODRÍGUEZ**

C.C. 1.014.277.261

T.P. 319.748 del C.S. de la J.

Calle 90 No. 19-41, oficina 301, Bogotá D.C.

**TRICHEM DE COLOMBIA S.A.S.**

NIT: 900.108.493-8

**MARÍA DEL PILAR DUQUE RESTREPO**

C.C. 43.495.049

**GIOVANNI RATTALINO BORDA**

C.C. 80.422.752

Apoderado**ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD**

C.C. 79.946.984

T.P. 148.332 del C.S. de la J.

Calle 70A No. 4-41, Bogotá D.C.

[agarcia@bu.com.co](mailto:agarcia@bu.com.co)**MEXICHEM DERIVADOS COLOMBIA S.A.**

NIT: 832.010.819-6

Apoderado**JORGE BERNARDO JAECKEL KOVAES**

C.C. 80.410.552

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

T.P. 64.720 del C.S. de la J.  
Carrera 15 No. 93 A – 62, oficina 401, Bogotá D.C.

**LEONEL EDUARDO GODOY HERRERA**

C.C. 11.377.743

Apoderado

**CLAUDIA MARCELA MONTOYA NARANJO**

C.C. 30.326.289

T.P. 82.093 del C.S. de la J.

Carrera 15 No. 93 A – 62, oficina 401, Bogotá D.C.

**COMUNICAR:**

**FRANCIA HELENA BEDOYA BENJUMEA**

C.C. 30.319.763

Apoderado

**VÍCTOR ANDRÉS AYALDE LEMOS**

C.C. 1.130.809.358

T.P. 209.953 del C.S. de la J.

Calle 67 No. 7-35, oficina 1204

Bogotá D.C.

[vayalde@gomezpinzon.com](mailto:vayalde@gomezpinzon.com)

**SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS**

NIT: 800.250.984-6

Carrera 18 No. 84-35

Bogotá D.C.

[sspd@superservicios.gov.co](mailto:sspd@superservicios.gov.co)