



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **65477** DE 2010

Radicación No. 04047600

25 NOV 2010

Por la cual se impone una sanción

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por los numerales 8 y 13 del artículo 3° del Decreto 3523 de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010,  
y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 11972 del 25 de mayo de 2005, adicionada por la Resolución No. 14379 del 5 de junio de 2006, se abrió investigación con el fin de determinar si las sociedades Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. hoy Linde Colombia S.A., en adelante AGA FANO, Oxígenos de Colombia Ltda., en adelante OXICOL y Gases Industriales de Colombia S.A., en adelante CRYOGAS, así como sus representantes legales, actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**SEGUNDO:** Que en aplicación del debido proceso señalado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la Resolución de apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo de fecha 25 de octubre de 2006 se ordenó la práctica de pruebas. Posteriormente, se consideró procedente decretar la práctica de pruebas adicionales, decisión que fue comunicada a todas las partes vinculadas a la investigación mediante oficios de 2 de octubre de 2007, y mediante Resolución No. 10859 del 5 de marzo de 2009. Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el Informe Motivado que presentó el resultado de la investigación.

**TERCERO:** Que en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, del informe motivado se dio traslado a los Investigados, quienes expresaron sus opiniones, contenidas en escritos que obran a folios 138 a 246 del cuaderno No. 15 del expediente radicado con el número 04047600.

A continuación se presenta un resumen de las apreciaciones manifestadas por los investigados en relación con el Informe Motivado.

**3.1. AGA FANO S.A.**

***“Las facultades que tenía la SIC para sancionar a mis poderdantes caducaron***

*Después de haber solicitado en dos oportunidades la caducidad de la presente actuación, a la fecha, transcurridos más de 3 años desde la supuesta ocurrencia de los hechos que motivaron la presente actuación, no se ha producido aún una decisión definitiva por parte de la SIC. [...]*

Radicación No. 04047600

*En palabras del Consejo de Estado: "No tendría sentido que, si en un caso específico la administración advierte que ha operado el fenómeno de la caducidad, no pudiere declararla de oficio y a sabiendas continúen con la actuación que finalmente culminará en un acto viciado de nulidad por falta de competencia temporal de la autoridad que lo emite." [...]*

*Por consiguiente, en el caso que nos ocupa lo relevante es establecer cuál fue el último hecho objeto de investigación, que en todo caso no puede ser posterior a la fecha de apertura de la misma, esto es, al 25 de mayo de 2005, cuando se produjo la Resolución No. 11972 (hace ya más de 4 años).*

**2.1. AGA FANO no ha celebrado ningún acuerdo con sus competidores para retirar los tanques criogénicos de las instalaciones de las instituciones de salud, ni para amenazarlos con suspenderles el suministro de oxígeno, así como tampoco ha ejercido coacción alguna, ni de manera individual ni coordinada, sobre aquellos clientes que quieran terminar sus contratos o instalar plantas PSA.**

*[...] En el expediente obran una serie de elementos de prueba que, en el mismo sentido del testimonio del señor James Osorio, representante legal de la Clínica Occidente de Cali, corroboran que AGA en ningún momento retiró los tanques instalados en instituciones de salud que elegían producir su propio oxígeno.*

*Es así como, el gerente del Hospital Universitario de La Samaritana, indicó que en el momento en que esa institución tomó la decisión de instalar una planta PSA, se desarrolló un proceso de negociación con mi representada, que culminó con el suministro de oxígeno por parte de AGA FANO, como soporte al sistema In Situ. [...]*

*En suma, la Delegatura no solo no aportó un solo elemento de juicio que probara que AGA FANO hubiera retirado tanques criogénicos o amenazado con suspender el suministro de oxígeno, como represalia por la instalación de plantas PSA, conductas que motivaron el inicio de la investigación que nos ocupa, sino que los testimonios rendidos durante el curso de la actuación administrativa demuestran con contundencia lo contrario. [...]*

**2.2. No se negó a cotizar sus servicios a las instituciones de salud que se los solicitaron**

*Al igual que lo ocurrido con las imputaciones del acápite anterior, la Delegatura no demostró que mi representada se hubiera abstenido de cotizar el suministro de oxígeno, para respaldar la decisión de retirar los tanques por parte de CRYOGAS. [...]*

*En el expediente obran una serie de elementos de prueba que, en el mismo sentido del testimonio del señor Osorio de la Clínica de Occidente de Cali, corroboran que AGA FANO en ningún momento retiró los tanques instalados en instituciones de salud que elegían producir su propio oxígeno. [...]*

*De la misma manera, las declaraciones de los distintos funcionarios de AGA FANO que rindieron testimonio durante la etapa probatoria corroboran que las políticas de la compañía no estaban encaminadas al retiro de tanques criogénicos y que, por el contrario, la compañía vela a las clínicas y hospitales que tuvieran instaladas PSA como una oportunidad de negocio.*

Radicación No. 04047600

### **2.3. Conclusiones del capítulo**

*Como quedó debidamente acreditado en el curso de la actuación administrativa, AGA FANO no retiró nunca tanque criogénico alguno de las instalaciones de salud que tomaron la decisión de instalar plantas PSA. [...]*

*Tampoco suspendió el suministro de ese medicamento o se abstuvo de participar en cotizaciones para tal fin, como represalia por la decisión de las clínicas y hospitales de instalar ese tipo de tecnología.*

**3. En el informe motivado la Delegatura recomienda sancionar a mis representados por hechos diferentes a los que supuestamente motivaron la apertura de la investigación.**

*[...] En adición, el informe motivado advierte que las conductas que se indican seguidamente, también harían parte de la estrategia restrictiva en la que presuntamente habrían incurrido AGA FANO y sus competidores.*

- *El ofrecimiento de servicios atado al suministro exclusivo del oxígeno*
- *La disuasión a posibles clientes de PSA a través de precios inferiores*

*En suma, según el reporte de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, los hechos que supuestamente denotan la existencia de un acuerdo para obstruir el acceso al mercado de las PSA, son los siguientes:*

- i. Campañas para propiciar una legislación adecuada para el oxígeno hospitalario.*
- ii. Descrédito y desprestigio del oxígeno producido por las PSA y del método de producción de oxígeno in situ.*
- iii. Ofrecimiento de servicios atados al suministro exclusivo de oxígeno.*
- iv. Disuasión de posibles clientes a través de precios inferiores.*
- v. Presiones para el desmonte de plantas PSA a través de dádivas.*

*Nótese como los hechos que motivaron la apertura de la investigación, son diametralmente distintos de aquellos que ahora fundamentan la recomendación de sancionar a mis poderdantes.*

### **3.1. Violación al debido proceso y al derecho de defensa que le asiste a AGA FANO.**

*Al margen de que las imputaciones del Despacho del Delegado nunca fueron probadas, el hecho de que el soporte fáctico que motivó la apertura de la investigación sea diametralmente diferente del que motiva la recomendación de sancionar a AGA FANO, constituye en sí mismo, una violación de los derechos fundamentales que le asisten a mis poderdantes, así como también de los principios básicos que rigen el derecho administrativo sancionatorio.*

*Y ello es aún más grave, por cuanto a mis poderdantes no se les dio la oportunidad de controvertir y de pedir pruebas en relación con los nuevos hechos e imputaciones consignados en el Informe Motivado.*

*En este sentido, es preciso considerar que la imputación fáctica de la providencia por medio de la cual se inicia la actuación, es la que delimita el marco dentro del cual el investigado ejerce su derecho de defensa.*

Radicación No. 04047600

*Por ello el propósito de la Resolución de apertura no es otro que el de permitir que la Delegatura notifique y ponga en conocimiento del particular los hechos que podrían llegar a configurar una práctica restrictiva, con el objeto de que este último pueda solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer en la actuación.*

*Así, es precisamente respecto de los hechos que el Superintendente Delegado señaló en la Resolución inicial, que los investigados dirigieron su defensa y solicitaron las pruebas tendientes a demostrar que no hablan incurrido en las conductas imputadas y a desvirtuar los cargos formulados.*

*Por consiguiente, si la investigación se inició con fundamento en ciertos hechos y finalizada la actuación se recomienda imponer sanciones con base en otros distintos, se cercena de tajo el debido proceso y el derecho de defensa del particular, puesto que no se le ha dado la oportunidad de defenderse de esos nuevos hechos e imputaciones. [...]*

### **3.1.1. AGA FANO no tuvo la oportunidad de controvertir los nuevos hechos**

*Como antes se enunció, uno de los componentes principales del debido proceso y del derecho de defensa, consiste en el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del interesado. [...]*

*La violación del debido proceso resulta aún más notoria en el caso que nos ocupa, debido a que la única oportunidad procesal que tiene el investigado para solicitar y aportar pruebas en la actuación, se agota con el traslado de la resolución de apertura. [...]*

*Así, mi poderdante no tuvo la posibilidad de pedir la práctica de pruebas que permitieron exponer en su justo contexto, los nuevos hechos que aparecieron en el Informe Motivado.*

*Y es que al margen de que la mayoría de estas supuestas conductas, no constituyan prácticas restrictivas de la competencia, si AGA FANO hubiera sido notificada, desde un principio, que se le investigaba por supuestos acuerdos en virtud de los cuales denigraba de los proveedores de PSA, ofrecía servicios atados o intentaba disuadir a sus clientes a través de precios inferiores, de seguro las pruebas solicitadas y aportadas habrían estado dirigidas a desvirtuar esas imputaciones.*

*No obstante, en la medida en que se le indicó que sería investigada por presuntos retiros de tanques y amenazas de suspender el suministro de oxígeno, fue precisamente respecto de esos hechos que mis poderdantes solicitaron y aportaron las pruebas pertinentes.*

### **3.1.2. La Delegatura no decretó ni practicó pruebas adicionales respecto de los nuevos hechos**

*Sorprende adicionalmente, que el Despacho del Delegado no hubiera practicado pruebas tendientes a dilucidar la verdad, acerca de los nuevos hechos que le sirvieron de fundamento para recomendar aplicar las sanciones del caso a mis poderdantes.*

*Y es que, a la luz de los preceptos de un Estado Social de Derecho, la función principal de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como autoridad competente para instruir las actuaciones que por presuntas prácticas restrictivas se inicien, es la de encontrar la verdad acerca de las conductas investigadas.*

Radicación No. 04047600

*Es por ello, precisamente que la Delegatura está facultada para decretar pruebas de oficio, en cualquier momento de la investigación. [...]*

**3.1.3. De lo que la Delegatura hubiera encontrado si hubiera realizado las indagaciones de rigor en relación con los nuevos hechos.**

*3.1.3.1. Las PSA para uso medicinal ingresaron al mercado colombiano sin regulación alguna y sin contar siquiera con unas pautas de buenas prácticas de manufactura.*

*(Presenta en este acápite el apoderado un resumen de la legislación del oxígeno como gas medicinal desde el año de 1995).*

*(...) No fue sino con ocasión de la expedición de la Resolución 1672 de 2004, que se adoptaron unos parámetros mínimos para la producción de oxígeno in situ.*

*No obstante, lo cierto es que los requisitos señalados por la mencionada Resolución 1672, vigente a la fecha, continúan siendo insuficientes a la luz de los estándares que a nivel internacional se han consagrado para la producción de oxígeno 93.*

*Por las características mismas del método criogénico AGA FANO ha producido oxígeno medicinal con un grado de pureza del 99.5% cumpliendo con los más exigentes estándares nacionales e internacionales que rigen la fabricación de este tipo de medicamentos.*

*La diferencia regulatoria entre los dos métodos de producción de oxígeno medicinal, es tan notoria que en diciembre de 2008, cuando la Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora del INVIMA, empezó a exigir el registro sanitario al "oxígeno 93" (producido por PSA) señaló lo siguiente: El cumplimiento de la normatividad de Buenas Prácticas de manufactura no exime a los medicamentos de tener la autorización de la autoridad sanitaria (Invima) a través del registro sanitario (...)*

*3.1.3.2. La información sobre los riesgos de la instalación de plantas PSA, sin cumplir con los debidos requerimientos técnicos, era un deber de AGA FANO para con sus clientes y no una simple estrategia comercial.*

*Teniendo en cuenta que las PSA se estaban instalando en Colombia sin cumplir con los estándares internacionales de seguridad y que ello representaba un enorme riesgo para la salud humana, AGA consideró que era un deber elemental, y que además estaba en su derecho, informar no solo a sus clientes, sino también a las autoridades sanitarias sobre tales riesgos.*

*No obstante, ello en ningún momento puede interpretarse como una conducta tendiente a demeritar a los proveedores de oxígeno 93, sino a buscar que para este tipo de medicamentos, los estándares mínimos se exigieran en Colombia sin ningún tipo de privilegios o de discriminación.*

*El comportamiento anterior es perfectamente legítimo y por ello no puede servir de fundamento para recomendar que se sancione a mis poderdantes. En concreto, los riesgos que se derivan de la instalación de las PSA, sin cumplir con los estándares mínimos exigidos a nivel internacional, pueden resumirse en los siguientes:*

**a. Riesgo de desabastecimiento:**

Radicación No. 04047600

**Por dependencia de la electricidad:** Referencia al testimonio de Carlos Henry González: "En la PSA, voy a agregar algo es un sistema que depende de energía eléctrica, si hay un corte de energía o un daño eléctrico, en una subestación del hospital etc. Se apaga el compresor y el suministro queda totalmente suspendido."

**Por dimensionamiento de planta:** Los requerimientos actuales de dimensionamiento de plantas PSA, no han contemplado la gran variabilidad de la demanda de oxígeno en una institución de salud, durante el transcurso de un día normal de operación.

En legislaciones como la canadiense, se detallan los criterios para definir el tamaño de las PSA y se exige a la institución, dimensionar la planta de tal forma que sea capaz de abastecer dos veces su demanda promedio. [...]

**Por daños a la planta:** En tanto la regulación no contemple la exigencia de sistemas redundantes de suministro se corre el riesgo de interrumpir el abastecimiento de las instituciones de salud por falta de disponibilidad de piezas de reemplazo.

Ha de considerarse que la mayor parte de los componentes de los sistemas PSA son importados, lo que limita la disponibilidad de los repuestos en el país.

**b. Riesgo de contaminación**

- La fuente de aire
- Riesgos clínicos (por baja concentración de oxígeno, por alteración del producto o por alteración de la norma de rotulación del medicamento).
- Riesgo de seguridad

**3.1.4. De la presentación de Burson & Marsteller**

- Para la época en que se produjo la presentación, que data del primer semestre de 2003, no existía en el país regulación alguna que estableciera parámetros y estándares mínimos para la producción de oxígeno por la tecnología PSA.
- La elaboración del plan de comunicaciones hizo parte de una directiva regional del Grupo Linde. Al realizar la aproximación inicial los representantes de la compañía consultora hicieron notar la conveniencia de trabajar el plan de comunicaciones a nivel sector, considerando que la ausencia de regulación de las PSA y los riesgos inherentes a la producción de oxígeno medicinal, era un asunto que concernía a toda la industria. [...]
- Sin embargo y a pesar de que por las razones anteriores, la propuesta fue dirigida por Burson-Marsteller a AGA FANO, CRYOGAS y Oxígenos de Colombia, mi poderdante nunca realizó ningún acuerdo con las empresas referidas en torno de la propuesta objeto de comentario.

AGA FANO no escogió la propuesta presentada por Burson-Marsteller. - AGA FANO consideró que el Plan de Comunicaciones propuesto por la compañía referida contenía aspectos que eran incompatibles con sus políticas [...]

La estrategia diseñada por Burson -Marsteller nunca se ejecutó.

Debido a que la estrategia diseñada por Burson -Marsteller no era compatible con la visión y las políticas de AGA FANO, mi representada nunca la ejecutó. [...]

**3.1.5. Pactos desleales de exclusividad**

104

Radicación No. 04047600

*No es posible determinar cuáles fueron los factores económicos que tuvo en cuenta el Despacho para llegar a la conclusión que las cláusulas en cuestión eran restrictivas.*

*[...] Por lo demás, los pactos exclusivos de compra están permitidos debido a que generan ventajas significativas y contribuyen a incrementar la eficiencia económica. La doctrina internacional es unánime en reconocer que los pactos de exclusividad, se justifican entre otras razones, cuando del mismo se deriva algún beneficio o ventaja para el cliente.*

*En efecto, nótese que en los contratos suscritos por AGA FANO a los cuales alude el Informe Motivado, se estipula la exclusividad debido a los beneficios en precio que recibían los clientes. Lo anterior tiene una lógica financiera que lo respalda, pues un tanque criogénico es un activo fijo de un valor significativo, de manera que su instalación se justifica en la medida que sea rentable a través del consumo. Así, entre mayores cantidades demande el cliente, Aga está dispuesta a ofrecer mejores precios. [...]*

*Sería un completo despropósito, permitir que la competencia de AGA FANO se aprovechara, de manera desleal de las redes y equipos que la empresa ha dado a sus clientes en comodato y que han sido construidos con sus propios recursos. [...]*

*No se ve entonces, como pueda cuestionarse la celebración de los pactos de exclusividad a los que nos hemos referido, pues ellos hacen posible que las clínicas y hospitales que no cuentan con los recursos, para remodelar sus instalaciones y adecuar las redes, tengan acceso al suministro de oxígeno. [...]*

### **3.1.6. Disuadir a posibles clientes a través de precios inferiores**

*Esta consideración, es realmente la antítesis de la libre competencia económica y contradice de plano, la razón de ser de las funciones de la Superintendencia.*

*Ignora además la Superintendencia Delegada, que el precio es una herramienta válida para competir y que es con ellos, que mi poderdante compete, no sólo con los proveedores de PSA, sino con los demás productores de oxígeno criogénico.*

### **3.1.7. Ofrecimiento de servicios atados al suministro exclusivo de oxígeno**

*Se observa que la Delegatura hizo una interpretación errónea y contra-evidente del testimonio de Mónica Haddad, en donde se narran los acontecimientos relativos al desmonte de la planta PSA en la clínica de Montería. [...]*

## **3.2. CRYOGAS S.A.**

*"Consideraciones de hecho y de derecho.*

**1. Desviación de poder por falsa motivación.** *al tergiversar diferentes medios probatorios para dar por demostrado, sin estarlo, un acuerdo entre las empresas [...] Tendiente a impedir el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*

*Para ello omitió valorar otros medios probatorios que desvirtuaban el presunto acuerdo y permitían inferir que las quejas formuladas eran una estrategia ideada por Ogsi en contra de las querelladas aprovechando en su momento la falta de regulación de la producción, transporte y distribución de oxígeno medicinal en Colombia.*

*Al tiempo incurre en desviación de poder cuando interpreta y aplica indebidamente las normas internacionales y nacionales que regulan la producción, transporte y distribución*

Radicación No. 04047600

*de oxígeno medicinal, para concluir que la posición asumida por las compañías investigadas frente a las PSA's, es un ardid porque no existen diferencias físico-químicas y ningún tipo de incidencia clínica o riesgo al compartir redes entre los dos medicamentos. [...]*

*El funcionario investigador incurre en un grave error de existencia al dar por demostrado sin estarlo que la empresa Burson-Marsteller fue contratada por CRYOGAS en asocio de OXICOL y de Agafano para la elaboración y presentación del mencionado plan estratégico, pues CRYOGAS nunca contrató el mencionado plan. El funcionario nunca demostró a través de pruebas idóneas respectivas, los supuestos de hecho sobre los cuales estructura la conclusión formulada. No demuestra la contratación o el pago o la presentación del plan a CRYOGAS por parte del asesor o de AGA FANO. El hecho indicador sobre el cual se estructura la conclusión no está debidamente probado, de tal forma que el raciocinio o mejor, la inferencia lógica efectuada se presenta como equivocada y parcializada, porque es sabido en materia probatoria y especialmente en materia de indicios, que el hecho indicador debe estar plenamente probado. **Al no estarlo, lo inferido no es más que una "conjetura o sospecha" por ende no puede dársele la categoría de indicio, con lo cual se viola flagrantemente el artículo 248 del C.P.C.**<sup>1</sup>*

*De otra parte la lectura que hace el funcionario investigador del documento no se corresponde con el contenido de este y menos con la realidad, pues si bien en él se menciona a la empresa CRYOGAS, OXICOL y AGA FANO, no es menos cierto que tal como lo enuncia el encabezado, afirma que se trata de un "Plan de comunicaciones para propiciar una legislación adecuada para el oxígeno hospitalario", estando a cargo de la gerencia de AGA FANO y como parte de sus actividades y cronograma, procurar la creación de un grupo operativo y de una fundación, mediante la cual se pretendía que se conformaran delegados de las tres compañías para patinar ante los entes gubernamentales la legislación adecuada [...]*

*Entonces no es cierto que el documento fue elaborado por el asesor Burson - Marsteller, por cuenta y para las tres compañías investigadas, este fue elaborado para la empresa AGA FANO, quien fue la receptora y en manos de quien se encontró el documento, de ahí que el informe en ese sentido no sea veraz e incurra en falsa motivación.*

*Pues bien, los empleados de la empresa CRYOGAS previas consultas técnicas y regulatorias al Ministerio de Salud y al INVIMA elaboraron en el año 2002, los documentos cuestionados a raíz de que en aquel momento recibieron por parte de varias entidades hospitalarias documentos emitidos por OGSi, en los cuales informaban que en el país no existía ninguna reglamentación sobre el control de producción, almacenamiento, transporte y suministro de oxígeno medicinal, por lo cual se les informaba a dichas entidades hospitalarias que podían "sin ningún control y a bajo costo" producir su propio oxígeno medicinal a través de las PSA que el proveedor les ofrecía, para lo cual como información de respaldo adjuntaba a su publicidad una comunicación firmada por el Subdirector de Medicamentos del INVIMA fechada el 6 de mayo de 2002, en la que el proveedor resaltaba el tema de que a la fecha "no hay ningún documento acogido oficialmente para ejercer vigilancia sobre estos productos."*

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 248.- Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso. Artículo 250.- El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obran en el proceso.



Radicación No. 04047600

*Esta publicidad de OGSÍ estaba generando confusión en el mercado de gases medicinales, al tiempo que representaba un grave riesgo para la salud pública, a consecuencia que las PSA en ese momento se vendían y entregaban a las entidades de salud, sin los filtros, sin los analizadores en línea, sin back up, sin las alarmas ni controles exigidos por las normas internacionales para este tipo de producción de oxígeno medicinal..."*

*Por la misma razón siempre hemos considerado que la queja formulada por la Clínica Pediátrica, era una estrategia de ablandamiento comercial diseñada por OGSÍ y Oxígenos de los Andes quienes tienen vínculos accionarios entre sí como con la entidad querellante. [...]*

*Entonces el hecho que posteriormente las comunicaciones, posiciones, estrategias de mercado y estudios de AGA FANO y OXICOL, por su lado y elaborados en los años 2003 y 2004, coincidían parcialmente con los elaborados por los empleados de CRYOGAS en el año 2002, no significa que fueran idénticos y que se hubiesen puesto de acuerdo con aquellas empresas para impedir el acceso al mercado a las PSA. [...]*

*Por último, debo mencionar que el simple hecho de extraer tres contratos de tres clientes, que el funcionario interpreta como restrictivos de la competencia, deja en claro la parcialidad de la investigación y de la valoración efectuada en el informe, porque CRYOGAS tiene aproximadamente más de 20.000.000 (sic) con los cuales en su mayoría no tiene contrato de suministro firmado, simplemente la relación se maneja a través de pedidos escritos y una pequeña parte de esos clientes tiene contrato escrito, generalmente instituciones hospitalarias estatales o privadas que así lo exigen. De esa pequeña parte el funcionario extrajo esos tres contratos porque con esas entidades hospitalarias estatales o privadas que así lo exigen, la compañía debe acoger los pliegos de condiciones los cuales son contratos por adhesión y los mismos no consagran este tipo de estipulaciones. De tal manera que el hecho de haber encontrado en tres contratos presuntas cláusulas de exclusividad no puede considerarse como una práctica restrictiva de la competencia.*

**2. Desviación por falsa motivación,** en el informe se configura una desviación de poder cuando recomienda no abstenerse de adoptar una decisión de fondo y más bien sugiere negar las solicitudes de caducidad de la acción (art. 38 C.C.A.) formuladas desde el año 2007 por AGA FANO y CRYOGAS, porque considera que las conductas anticompetitivas "se han venido realizando de manera sucesiva y continua en el tiempo y tienen efectos actuales", sin que para ello se individualice y concrete: cuáles, cuando, cómo, dónde, contra quien y especialmente indique el ente público, el orden y las fechas de la comisión de las conductas anticompetitivas [...]

*En otras palabras, el numeral 3 del informe sin concretar e individualizar el acto, su fecha, la persona autora de la conducta y la persona afectada pretende desconocer que la acción administrativa por las presuntas conductas anticompetitivas investigadas se encuentra caducada por haber transcurrido más de tres años desde la comisión de las presuntas conductas restrictivas de la competencia. [...]"*

### **3.3. OXÍGENOS DE COLOMBIA LTDA.**

*"[...] Consideraciones.*

*Las conclusiones sobre los resultados de la investigación que pongo a consideración del señor Superintendente, se dividen en 6 capítulos:*

Radicación No. 04047600

1. *En el primero señalaré como existe una disimilitud entre los hechos por los cuales se abrió la investigación y aquellos que están siendo imputados a mis mandantes en el informe motivado, lo cual es ilegal e inconstitucional.*
2. *En el segundo reiteraré que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en este caso caducó.*
3. *En tercer lugar resaltaré las razones por las cuales no se puede concluir que en este caso existiera un acuerdo, en el sentido previsto en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas;*
4. *Luego mostraré, con comedimiento al señor Superintendente que la conducta que individualmente adelantó OXICOL respecto de la necesidad de regular la medicina oxígeno es legítima.*
5. *[...] resaltaré las evidentes falencias de lectura de las pruebas y de aplicación de ley que trae el informe motivado y, finalmente,*
6. *Trataré como no existe ningún elemento de juicio para concluir ninguna participación individualmente sancionable en cabeza de César Oswaldo Franco.*

**Capítulo 1: Disimilitud entre los hechos de la investigación y los del informe motivado**

*[...] El requerimiento del debido proceso implica que en todos los trámites de la administración deben observarse la plenitud de las formas de cada juicio, a ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente, a presentar pruebas, asegurarse su práctica y recolección de manera íntegra y legal, abrirse espacio para la contradicción y en general el derecho a la defensa.*

*En posterior decisión, la Corte Constitucional reafirmó lo dicho: [...] el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación. [...]*

*Uno de los componentes esenciales del derecho de defensa y el debido proceso, lo constituye que el investigado tenga oportunidad de solicitar pruebas, participar en la práctica de las que se aporten y contradecir las que se esgriman en su contra.*

*En el procedimiento que se previó para el establecimiento de prácticas comerciales restrictivas, una vez evacuada la averiguación preliminar, si el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia considera que existen motivos para ello, abrirá una investigación de la cual se notificará a los investigados para que aporten o soliciten las pruebas que estimen pertinentes.*

*En esa resolución se indicarán tanto los comportamientos que serán objeto de investigación, como las normas que en principio se considera que se habrían violado. Y es respecto de esos hechos y en relación con esas disposiciones que los investigados se defenderán con su estrategia probatoria. [...]*

*Como lo notará el señor Superintendente de la simple lectura de uno y otro documento, los hechos que se trataron en la Resolución No. 11972 de 2005 y aquellos respecto de*

Radicación No. 04047600

los cuales, se da ahora el informe motivado son completamente diferentes, con las consecuencias que se han indicado.

La expedición de la resolución 11972 de 2005 es ilegal y, de contera, al ser violatoria de las disposiciones que adelante se señalan, contraría los derechos fundamentales y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. [...]

La investigación se inició por denuncia interpuesta por el señor Juan Eugenio Rodríguez, representante legal de la Clínica Laura Alejandra de la ciudad de Bogotá, ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo quien dio traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Los hechos materia de investigación surgen de las declaraciones rendidas por el denunciante ante la SIC y de los apartes de una acción de tutela interpuesta contra Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS.

A partir de dichas pruebas, recogidas en desarrollo de la etapa de averiguación preliminar, la Superintendencia concluye que "[...] esta circunstancia aunada a hechos adicionales recopilados en el expediente, permiten observar que los proveedores de oxígeno estarían utilizando este y otros mecanismos como medios coercitivos con el propósito de impedir [...]"

Más adelante se concluye que "de conformidad con las declaraciones recibidas por el Despacho, se logra vislumbrar que adicional a las conductas narradas, las grandes empresas fabricantes y proveedoras de oxígeno estarían adoptando conductas que se reflejan en la decisión de no suministrar, en algunos eventos ni siquiera cotizar oxígeno a clientes [...]"

## **Capítulo 2: La facultad sancionatoria caducó**

[...] Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación mediante la resolución 11972 de 2005, obviamente son de hace mucho más de 3 años y la aplicación del artículo citado se impondría.

No obstante esa claridad, dado que el Delegado rindió su informe respecto de conductas diferentes de las que se tuvieron en cuenta al momento de abrir la investigación, pretende que esos hechos nuevos "...los que se conocieron con ocasión de la investigación adelantada", "se han venido realizando de manera sucesiva y continuada en el tiempo y tienen efectos actuales" y por lo tanto sugiere el Superintendente no abstenerse de pronunciarse sobre el fondo de la causa.

Frente a lo anterior, valen las siguientes precisiones, para que el Superintendente proceda, como corresponde en derecho a reconocer que la facultad sancionatoria respecto de los hechos por los cuales se abrió la investigación caducó:

- En una sana lectura del artículo en cuestión, el Superintendente no pierde la competencia para decidir el caso. Lo que caduca es la posibilidad de sancionar. Consecuentemente, como puede apreciarse en las peticiones que se formulan, OXICOL no pretende que el Superintendente deje de pronunciarse sobre el fondo de la causa, por el contrario, estoy pendiente de que exista una resolución en la que se establezca con claridad que mis poderdantes no incurrieron en ilegalidades. Sin embargo, lo que no podría es acceder a la recomendación del informe motivado, en el sentido que se sancione a OXICOL y a quien era su representante legal.

Radicación No. 04047600

• *En ninguna parte de nuestra legislación o jurisprudencia se ha aceptado o desarrollado la teoría de que la caducidad no opera en caso que los efectos de los hechos investigados se continúen dando.*

• *Del mismo modo, es extraño a nuestro ordenamiento que se pretenda interrumpir la caducidad de esa facultad sancionatoria bajo el pretexto de hechos sucesivos. Muy por el contrario, la interpretación ha sido uniforme en que a cada uno de los hechos se le debe calcular el periodo de caducidad desde que ocurrió el último acto de su ejecución. De esa manera no es lícito que los hechos de que argumente que no habría caducidad para la sanción por los hechos señalados en la resolución de apertura por causa de otros sucesivos que se encontraron y que se adicionaron a la investigación.*

• *Para que la facultad sancionatoria no hubiera caducado respecto de los hechos que fueron objeto de investigación, sería preciso que existiera una sola conducta que se hubiera prolongado hasta hace menos de 3 años. Pero eso ni sucedió, ni se presentó de ese modo en el informe motivado. En efecto, si se observa la estructura del informe motivado, no hay un comportamiento que sea objeto de cuestionamiento, sino una secuencia de ellos compuesta por i) La supuesta ejecución de la estrategia de prevención y alerta; ii) La programación de visitas, charlas y presentaciones, a partir de esa fecha; iii) La aplicación de cláusulas de exclusividad desde 1997; y iv) La estrategia de negociación del suministro de gases, que a su vez, habría sufrido "ajustes con el transcurso del tiempo, obedeciendo a las necesidades perseguidas por las empresas o a la adaptación a las condiciones del mercado."*

• *Finalmente y sólo para complementar lo anterior, note el señor Superintendente que la comunicación más reciente sobre la que se soportan los cargos en contra de mis mandantes en el informe motivado es un correo electrónico de Sandra Quintero del 13 de junio de 2006, es decir, de hace más de 3 años.*

### **Capítulo 3: No hay acuerdo**

#### **1. Interpretación restrictiva**

*Las conductas consideradas prácticas comerciales restrictivas son prohibiciones que se imponen a los partícipes del mercado, a fin de que los consumidores, los competidores y todos en forma de un adecuado funcionamiento del mercado reciban los beneficios que se derivan de la libre competencia y de la economía de mercado.*

*Dado que se trata de disposiciones prohibitivas, cuya contravención implica sanciones administrativas, la interpretación de las mismas debe ser restrictiva. [...]*

#### **2. La coincidencia en reacciones no implica un cartel [...]**

*Tal como lo ha sostenido esa Superintendencia reiteradamente y que en forma se mantiene en el informe motivado, en cualquiera de las modalidades "[e]stas figuras deben contener la voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir una actuación conjunta y mancomunada. Por tanto para que exista un acuerdo deben concurrir como mínimo dos elementos a saber, la bilateralidad, esto es que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y, de otra parte, una expresión de la voluntad o consenso entre las partes independientemente de su naturaleza o formalización"*

Radicación No. 04047600

*Por el contrario no existirá acuerdo, pues no habrá la manifestación de esa voluntad, cuando lo que se evidencie sean actuaciones unilaterales de los competidores, desprovistas de esa voluntad de actuar al unísono. [...]*

**3. No existió concertación**

*En la forma como lo ha explicado la Superintendencia de Industria y Comercio "[d]entro de las formas comentadas (de acuerdo) aparece la concertación." Atendiendo que esta figura no se encuentra definida en la ley, se hace necesario entender su significado en el sentido natural.*

*"En cuanto hace específicamente a OXICOL, es arbitrario pretender que se probó que mi poderdante hubiera, como se pretende, implementado una campaña coordinada dirigida a personal médico en las clínicas y hospitales identificada conjuntamente con las otras Empresas Investigadas con el slogan "con el oxígeno no se juega" como también es contra derecho señalar que se hubiera acreditado que OXICOL adoptó como mecanismo para difundir esa campaña la realización de visitas a las instituciones que podrían haber sido clientes de las PSA'S.*

*Para tener esa claridad, debe el Superintendente calmadamente recordar que obviamente OXICOL, lo mismo que cualquier otro empresario tiene estrategias para ganar y mantener clientes, que en caso que aparezcan nuevas modalidades de competencia se reacciona en su contra y que, dado que las PSA's aparecieron en casi todo el mundo, la casa matriz de OXICOL tenía estrategias para hacerle frente a la amenaza comercial.*

*El documento en el cual aparecen las fases que se citan como prueba del acuerdo no fueron escritas por ningún representante legal de OXICOL. El documento es una copia, no suscrita por ninguna persona y al parecer fue elaborado por un grupo encargado de la elaboración del Plano de Acción PSA, en idioma portugués con fecha 2002. Si leemos el contenido de la copia, se observarán estrategias individuales de conocimiento de mercado, dirigido al mercado brasilero. Esto no tiene ninguna relevancia con el presente caso.*

**4. La alta participación en el mercado de las investigadas**

*A pesar de que en el informe motivado se insiste con saña en el punto, llamo la atención, nuevamente del señor Superintendente que en las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas vigentes en Colombia, la participación en el mercado de las empresas a las que se acuse de un cartel no es un factor relevante para concluir que efectivamente se dio el acuerdo y, menos aún, para concluir que algún acuerdo que se hubiera dado sea contrario a la libre competencia. [...]*

**5. Adopción de una estrategia [...]**

*Los 4 documentos que corresponden a OXICOL no están ni cerca de tener la identidad probatoria que se necesitaría para demostrar que existía un acuerdo de OXICOL con las otras Empresas Investigadas, ni que ese acuerdo tuviera como objeto impedir a las PSA acceder al mercado:*

*Documento obrante a folio 115 del cuaderno No. 14, se trata de un levantamiento PSA, en Bogotá. Aparte de la identificación de 4 IPS que trabajan o trabajaron con PSA, no hay nada más en el documento. El papel no comparte ninguna característica con los que se incluyen en la misma actividad.*

Radicación No. 04047600

*Acción PSA en idioma portugués, de fecha 2002. Si leemos el contenido de la copia se observarán estrategias individuales de conocimiento de mercado, dirigido al mercado brasileiro. Esto no tiene ninguna relevancia en el presente caso.*

*No es cierto que en documento que se cita se estuviera poniendo en práctica una estrategia conjunta como la que se describió al comienzo de "realizar visitas a cada una de las instituciones potenciales de ser atacadas" por las PSA's.*

*Muy por el contrario, la estrategia con que concluye el documento, jamás compartida con las otras 2 Empresas Investigadas, se concretaba a "[e]star presentes junto a nuestros clientes, atendiendo sus necesidades en una evaluación caso por caso." [...]*

**Capítulo 6.- Inexistencia de Evidencia contra Oscar (SIC) Oswaldo Franco**

*[...] Así en el supuesto, que no acepto, que OXICOL estuviera cartelizado, no es cierto, ni se probó, que César Franco hubiera conocido del cartel en la forma de una concertación y hubiera consentido en el mismo.*

*Respecto del acuerdo iv) ya enfatiqué que lo que se criticó a OXICOL, en lugar de ser reprochable a la luz de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, es una actitud que se incentiva mediante este tipo de disposiciones, que se mejoren las ofertas que otros están allegando a los clientes. [...]*

*En ese contexto, al recibir César Franco un mail en el que una de sus funcionarias le informaba sobre los avances que estaban teniendo para, con ofertas lícitas y atractivas, hacerse a un cliente mixto, es decir que tenía criogénico y PSA, cómo me pregunto, iba a concluir que existiría un acuerdo ilegal para bloquear a las PSA's en su intento de llegar al mercado que él debía en ese momento impedir? No puede ser. No existió la tolerancia de César Franco, porque no existió el acuerdo, y no existe la tolerancia, porque mi poderdante jamás estuvo en conocimiento de una situación que debería haber impedido."*

**CUARTO:** Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el numeral 15 del artículo 4 del mismo texto legal y el numeral 10 del artículo 3° del Decreto 3523 de 2009, se escuchó al Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio, en sesión llevada a cabo el 22 de octubre de 2009, el cual, entre otros aspectos, manifestó:

*"[...] si el acuerdo entre las investigadas se constituye en una conducta concluyente, es decir las cláusulas de exclusividad suscritas y vigentes, vinculadas a una estrategia, obstruyen la entrada de competidores naturales, y el texto del plan estratégico, documento diseñado por un tercero para las investigadas, vinculado al expediente, goza de autenticidad y no tiene tacha de falsedad, hay que tomar los elementos tal y como obran en el expediente, lo que permite concluir que la conducta –es decir, la obstrucción-efectuada por las investigadas fue concertada y permanece en el tiempo. [...]*

*En conclusión, los miembros del Consejo Asesor recomendaron declarar la práctica comercial restrictiva dado que es clarísimo el acuerdo, imponer la multa máxima y redactar la resolución de manera coherente y lógica [...]"*

**QUINTO:** Que agotadas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a las investigaciones por infracción a las normas que protegen la libre competencia, esta Superintendencia resolverá el caso de la siguiente manera:

CCA

Radicación No. 04047600

### 5.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en especial por los numerales 1 y 2 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, norma vigente al momento de la apertura de la investigación, son funciones de esta Entidad, entre otras:

*"2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.*

*3. Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

*4. Imponer, con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.*

Conforme con el numeral 10 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas... respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica..."

Asimismo, de conformidad con los numerales 13, 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre protección de la competencia, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Las normas anteriores están en armonía con el artículo 333 de la Constitución Política que establece la libertad de empresa, la cual debe, como lo señaló la Corte Constitucional, "acompañarse con la protección de bienes constitucionalmente valiosos, en tanto se relacionan con el interés general. Es por ello que la Carta Política reconoce al Estado la potestad de intervenir en el mercado (art. 334 C.P.) con el fin de adelantar distintas tareas de control, promoción y prevención, dirigidas a la consecución del goce efectivo de los derechos que el mercado interfiere y que la misma Constitución ha definido tanto en su parte dogmática como orgánica"<sup>2</sup>.

### 5.2. Marco normativo

De conformidad con la Resolución No. 11972 del 25 de mayo de 2005, adicionada por la Resolución No. 14379 del 5 de junio de 2006, mediante las cuales se ordenó la apertura de la investigación, se indagó sobre la presunta infracción de las normas que se señalan a continuación.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 228 de 2010.

Radicación No. 04047600

### 5.2.1. Prohibición general

Conforme al artículo 1º de la Ley 155 de 1959 "*[q]uedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*".

Esta autoridad de competencia ha interpretado el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 como cláusula general del régimen de protección de la competencia. En este sentido, la norma estipula que cualquier práctica que restrinja la libre competencia se encuentra prohibida. Además de esta norma, el Decreto 2153 de 1992 define un conjunto de conductas que, bajo la denominación de acuerdos, limitan la libre competencia y comportan una infracción de la mencionada cláusula general dispuesta en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

En este orden de ideas como lo ha reiterado esta Entidad "*las disposiciones de la norma general no tienen un carácter residual, es decir, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 abarca tanto las conductas del Decreto 2153 de 1992 como cualquier otra que, a pesar de no estar prevista en el citado Decreto, termine afectando la competencia en los mercados. Por lo tanto, si la autoridad de competencia concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición general*"<sup>3</sup>.

### 5.2.2. Acuerdo para impedir el acceso de terceros a los mercados

Señala el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, "*Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*".

## 5.3. El mercado de gases medicinales en Colombia

El mercado de producción y suministro de gases medicinales en Colombia se ha caracterizado por estar altamente concentrado, es decir que en el mismo participan pocas empresas. La participación mayoritaria corresponde a empresas multinacionales a través de sus filiales en el país, siendo ellas AGA FANO Fábrica Nacional de Oxígeno, hoy Linde Colombia S.A., filial del Grupo LINDE AG; Oxígenos de Colombia, representante en Colombia del Grupo PRAXAIR y CRYOGAS S.A. empresa controlada por las sociedades BOC Holdings y Promotora MEXCOLOM S.A. La producción y suministro de gases medicinales la realizan las tres Empresas Investigadas a través de la misma tecnología de fabricación de gases por destilación fraccionada de aire atmosférico o método criogénico.

### 5.3.1. Las Empresas Investigadas

<sup>3</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Resolución, No. 6839 de 2010.

100A

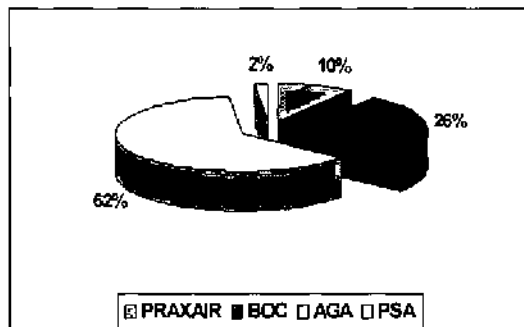


Radicación No. 04047600

- a) **AGA FANO HOY LINDE COLOMBIA S.A.<sup>4</sup>**: "es una compañía con una trayectoria de más de 70 años en el mercado de gases industriales y medicinales en Colombia. Su participación es aproximadamente del 62% en el mercado nacional. Es parte del grupo LINDE de Alemania con posición de liderazgo en cada uno de los tres segmentos de negocio que opera: gases e ingeniería, manejo de materiales y refrigeración."<sup>5</sup>
- b) **CRYOGAS**: "Tiene más de 50 años de operación en Colombia, como empresa productora de gases industriales y medicinales y todos los servicios relacionados. Socios del grupo inglés BOC, con filiales y subsidiarias en más de 60 países. Es la segunda empresa de la categoría en Colombia, con una participación cercana al 22%. (...)"<sup>6</sup>
- c) **OXICOL**: es una sociedad constituida en Colombia en el año de 1974. Pertenece al Grupo PRAXAIR "el más importante fabricante de gases industriales y medicinales de Latinoamérica". Es líder en el mercado de homecare". Su participación en Colombia es del 10% aproximadamente.

### 5.3.2. Participación de las investigadas en el mercado colombiano referida al año 2006

Gráfica 1



Fuente: Presentación preparada para la Gerencia de Gases Medicinales de AGA FANO. Documento "Convención Nacional – División Institucional, Colombia, febrero 2006" gráfica No. 14

La anterior gráfica muestra la participación de mercado de las tres empresas investigadas y la baja participación en el mismo de las empresas con tecnología PSA. Al respecto, vale mencionar que de conformidad con la información obtenida, las

<sup>4</sup> En Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 6 de abril de 2010 por la Cámara de Comercio de Bogotá se informa que por escritura pública No 0673 del 9 de marzo de 2010 de la Notaría 23 de Bogotá, inscrita el 18 de marzo de 2010 bajo el número 1369573 del Libro IX la sociedad AGA FANO FÁBRICA NACIONAL DE OXÍGENO S.A., N.I.T 860005114-4 cambió su nombre por el de LINDE COLOMBIA S.A.

<sup>5</sup> Descripción de las empresas contenida en presentación Power Point, hallada en el computador de Diana Elizabeth Ríos, Gerente de la División Medicinal de Aga Fano. Diapositiva No. 3.

<sup>6</sup> Referencia a CRYOGAS (BOC), contenida en presentación Power Point, hallada en el computador de Diana Elizabeth Ríos, Gerente de la División Medicinal de Aga Fano. Diapositiva No. 5.

<sup>7</sup> Descripción de Praxair (Oxigenos de Colombia), identificada como competencia, contenida en presentación Power Point, hallada en el computador de Diana Elizabeth Ríos, Gerente de la División Medicinal de Aga Fano. Diapositiva No. 6.

2010

Radicación No. 04047600

principales empresas oferentes de tecnología PSA son OGSÍ, OXIGENAR MINIMIZAR, CHAHER+COGAS, INGAS, OXIMAT, IMOCON+KAESSER, OXISERVICIOS y HOWARD.<sup>8</sup>

La anterior información es importante pues, si bien como lo afirma el apoderado de OXICOL, *"la participación en el mercado de las empresas a las que se acuse de un cartel no es un factor relevante para concluir que efectivamente se dio el acuerdo y, menos aún, para concluir que algún acuerdo que se hubiera dado sea contrario a la libre competencia"*, tal participación es un elemento facilitador de la concertación entre empresas, que debe ser analizado junto con otros elementos probatorios para determinar la existencia de una práctica contraria a la libre competencia.

### **5.3.3. Los sistemas de producción de oxígeno y la importancia del oxígeno como medicamento**

En la medida que la presente investigación se realizó respecto de comportamientos en el mercado de producción y suministro de gases medicinales en Colombia, en el cual han participado de tiempo atrás las tres empresas –AGAFANO, hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL-, en el informe motivado se ilustraron tanto el método de fabricación y distribución de oxígeno medicinal por ellas utilizado, como la tecnología de producción de gases conocida como "Plantas de Producción en Sitio" o PSA (por su sigla en inglés *Pressure Swing Adsorber*, o Adsorción por Fluctuaciones de Presión), identificada en el presente caso, como el agente que pretendía entrar al mercado y contra el cual se habría desplegado la estrategia de obstrucción por parte de las tres investigadas.

Para la fabricación de oxígeno, las empresas fabricantes de gases AGAFANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL, cuentan con plantas de producción ubicadas en diferentes municipios del país (Cartagena - Bolívar, Palmira - Valle, Bogotá (Sibaté) - Cundinamarca, Rionegro - Antioquia). Adicionalmente, poseen flotas de vehículos criogénicos con capacidades de transporte superiores a los 400.000 M<sup>3</sup> lo que les permite movilizar el producto desde las distintas plantas de producción hasta las estaciones de llenado de cada una de las empresas o hasta los tanques criogénicos instalados en los diferentes hospitales y clínicas del país. Otro de los medios de transporte de oxígeno medicinal utilizados por las empresas son los camiones que llevan cilindros y termos para la entrega del producto a los clientes institucionales o pacientes a los que se suministra oxígeno en su domicilio para el tratamiento de sus patologías (conocido como servicio *home care*).

Por otra parte, la información allegada al expediente ilustró la inexistencia de sustitutos del oxígeno como gas medicinal requerido por los pacientes. Este aspecto, desde el punto de vista médico, quedó expresado en algunos apartes del concepto rendido por el Doctor Carlos Awad García, Médico Especialista en Medicina Interna y Neumología del Hospital Santa Clara de Bogotá:

*"(...) Los métodos diagnósticos por medio de los cuales el equipo médico evalúa la cantidad de oxígeno que un organismo tiene en su sangre arterial o eventualmente*

<sup>8</sup> Documento denominado "PLAN PSA –COLOMBIA-12dic.2003"; encontrado en el computador de Diana Ríos funcionaria de AGAFANO hoy Linde Colombia S.A.

eca

Radicación No. 04047600

venosa son los llamados gases arteriales y oximetría de pulso. Al realizar estos exámenes y demostrar que la persona tiene hipoxemia es perentorio aplicar oxígeno externo o artificial mediante equipos que van desde una cánula nasal sencilla hasta un complejo respirador artificial independiente de que su uso sea por pocas horas o incluso años. (...)

Es claro que en el contexto de un paciente agudamente enfermo por cualquier causa al demostrar hipoxemia **se debe utilizar obligatoriamente el oxígeno y hasta el momento que las pruebas lo indiquen, es más, ninguna sustancia o acción médica puede reemplazar el beneficio que el oxígeno ofrece.** Vale la pena aclarar que el uso de los broncodilatadores erróneamente es considerado como administración de oxígeno lo cual es falso por cuanto esos dispositivos contienen únicamente medicación y no oxígeno. (...). Para el caso de las enfermedades crónicas ya mencionadas existe suficiente evidencia científica del beneficio de la administración de oxígeno (...) El oxígeno es un gas medicinal necesario para la vida. Su uso en pacientes hospitalarios es imprescindible y se puede afirmar que si no se usa, el riesgo de muerte es inminente. De igual manera, su uso crónico domiciliario coloca al paciente como un ser oxígeno dependiente y a largo plazo, una vez se indique al paciente el uso crónico de oxígeno es casi seguro que dicho paciente lo requerirá por el resto de su vida.” (Negrilla fuera de texto)<sup>9</sup>

Resultó igualmente acreditada en el expediente, la sustituibilidad referida a la posibilidad de suministrar oxígeno medicinal producido por el método criogénico y aquel producido por medio del método PSA, a través, entre otros, de los siguientes medios probatorios:

1. Testimonio del Doctor Ricardo Becerra, Ingeniero Civil e Ingeniero Mecánico, profesional que prestó sus servicios durante 15 años a la sociedad AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. y en la actualidad se desempeña como Consultor en temas de producción de gases, quien manifestó que el producto obtenido con cualquiera de los dos procedimientos es un medicamento.<sup>10</sup>

**“Pregunta 9. ¿Doctor Becerra toda esta ilustración que usted nos ha ofrecido sobre la concentración y la pureza de oxígeno medicinal por uno y otro sistema, nos permitiría concluir que para efectos de consumo humano y para ser suministrado a pacientes resultaría tan viable el oxígeno 96% de pureza del sistema PSA o el oxígeno con un 99.5% del sistema criogénico? Por favor ilústrenos?”**

Respuesta: Indudablemente Doctora, pienso que el primer argumento es que son medicamentos tipificados en la farmacopea oficial para Colombia y una farmacopea internacionalmente reconocida como la USP. Entonces si están tipificados como medicamento naturalmente son aptos para el tratamiento de enfermedades y dolencias humanas por una parte, por otra parte esta contemplado dentro de la legislación nacional de buenas prácticas de manufacturas específicamente en la Resolución 1672 de 2004 y 3862 de 2006 que es la guía de expedición, en ambos casos habla específicamente de esta tecnología para obtención en sitio de oxígeno medicinal y esta absolutamente reglamentada su producción. [...]”

<sup>9</sup> Concepto denominado “OXÍGENO”, obrante a folios 154 y 155, cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>10</sup> Testimonio del Ingeniero Ricardo Becerra, folios 29 y ss., cuaderno 13 del expediente.

004

Radicación No. 04047600

2. Las experiencias del montaje y operación de plantas PSA en los hospitales San Rafael de Bogotá desde abril de 2006<sup>11</sup>, Hospital Universitario La Samaritana<sup>12</sup> desde el año 2005 y Clínica El Bosque de Bogotá en enero de 2005.<sup>13</sup>

3. El peritazgo realizado por Gloria Stella Matallana Rodríguez, Msc Bioquímica<sup>14</sup>, quien señala en su dictamen que: "El oxígeno proveniente de Plantas PSA's o Plantas Criogénicas tiene las mismas características físico-químicas por lo que no tiene ningún tipo de incidencia clínica al compartir sus redes.", y

4. "Informe sobre máquinas extractoras de Oxígeno (PSA)"<sup>15</sup> presentado por la Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación – SCARE

La tabla que se presenta a continuación, permite observar la semejanza en las características químicas del oxígeno medicinal producido en plantas criogénicas y en plantas PSA.

**Tabla 1**  
**Características Químicas del Oxígeno Medicinal producido por Plantas PSA y Método Criogénico**

Requisitos	Porcentaje	
	Plantas PSA	Plantas Criogénicas
Contenido de Oxígeno O	93+/-3	99.5
Contenido de Dióxido de Carbono CO <sub>2</sub>	0,03	0,03
Contenido de Monóxido de Carbono CO	0,001	0,001
Contenido de agua en fase gaseosa en mg/dm <sup>3</sup> max	N/A	0,000

Fuente: Peritazgo realizado por la bióloga química Gloria Stella Matallana Rodríguez. Cuaderno No. 7 del Expediente.

De conformidad con lo anterior, se concluye que los dos métodos de producción de oxígeno (criogénico y PSA) son sustituibles y que el oxígeno obtenido a través de ellos puede ser usado indistintamente por los pacientes. Ahora bien, el oxígeno, como gas medicinal requerido por los pacientes, no cuenta con sustitutos en la industria de gases medicinales, tal y como lo manifestó el personal médico de clínicas y hospitales que concurrieron a rendir testimonio en la investigación.

#### 5.4. Imputación sobre la existencia de un acuerdo en la modalidad de práctica concertada

Uno de los objetivos de la presente actuación administrativa, de conformidad con lo planteado en la Resolución de apertura de investigación, fue establecer si AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., OXICOL y CRYOGAS actuaron en contra de lo dispuesto

<sup>11</sup> Respuesta al requerimiento de información enviado por la SIC. Folio 3, cuaderno 12 del expediente.

<sup>12</sup> Testimonio del señor Germán Augusto Guerrero, Gerente del Hospital La Samaritana, folios 83 y 84, cuaderno 14 del expediente.

<sup>13</sup> Respuesta de la Clínica al requerimiento de información enviado por la SIC. Folio 2, cuaderno 11 del expediente.

<sup>14</sup> Prueba pericial decretada a solicitud del apoderado de la sociedad Oxígenos de Colombia Ltda., con ocasión de los descargos frente a la resolución de apertura de investigación.

<sup>15</sup> SCARE, Informe sobre máquinas extractoras de Oxígeno. Folios 294 a 297, cuaderno No. 9 del expediente.

Radicación No. 04047600

por el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

El Informe Motivado señaló que del acervo probatorio podía concluirse *“la realización de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concertada, desarrollada por las empresas fabricantes y distribuidoras de oxígeno medicinal, tendiente a obstruir o impedir la entrada o participación de otros agentes a los mercados o a los canales de comercialización.”*<sup>16</sup>

En los documentos de descargos y solicitud de pruebas presentados frente a la Resolución de apertura de la investigación, así como en las observaciones al Informe Motivado conocido en el mes de junio de 2009, las tres Empresas Investigadas insistieron en que ninguna había participado en acuerdo alguno con sus competidores. Según ellas, las estrategias identificadas por parte de esta Entidad correspondían a *“actuaciones unilaterales desprovistas de la voluntad o consenso de actuar al unísono”*<sup>17</sup>, y era su deber, por el bienestar de los pacientes, alertar sobre los presuntos peligros del uso de oxígeno proveniente de plantas PSA.

Tal y como ha sido objeto de consenso entre diversas autoridades de competencia en el mundo, las prácticas concertadas constituyen una conducta compleja que va más allá de las decisiones que usualmente pueden tener diversas empresas en un mercado y cuya demostración requiere un análisis del comportamiento de cada una de ellas, con el fin de determinar la existencia de coordinación con fines anticompetitivos.

En relación con este tema, el Tribunal de Justicia Europeo señaló que:

*“[...] los criterios de coordinación y cooperación aceptados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero ‘plan’, deben entenderse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común, incluida la elección de los destinatarios de sus ofertas y ventas; [...] si bien es verdad que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores, se opone sin embargo rigurosamente a cualquier toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado”*<sup>18</sup> (Negrilla fuera del texto)

La doctrina europea en el tema de práctica concertada ha manifestado:

<sup>16</sup> Folio 124 del Cuaderno 15 del expediente.

<sup>17</sup> Capítulo 2 de los alegatos al Informe Motivado presentados el 14 de julio de 2009 por Oxígenos de Colombia, *“La coincidencia en reacciones no implica un cartel”*.

<sup>18</sup> - Sentencia de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/Comisión, «azúcar»* (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartados 173 y 174. Citada en Conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 15 de julio de 1997. - Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA. Asunto C-49/92 P. Recopilación de Jurisprudencia 1999 página I-04125.

Radicación No. 04047600

*“En el asunto Anic<sup>19</sup>, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea aclaró distintas cuestiones en relación a la identificación de una “práctica concertada”. Tres son los elementos exigidos por esta Sentencia en este sentido: contacto efectivo entre las partes, sea directo o indirecto; conductas paralelas en el mercado; y nexos de causalidad entre las dos anteriores.*

*En ocasiones puede resultar difícil distinguir donde acaba una práctica concertada y comienza un acuerdo en sentido propio, sobre todo teniendo en cuenta que la noción de acuerdo es muy amplia, y engloba, por ejemplo, los compromisos verbales y no obligatorios. Por este motivo, la prueba de contactos directos o indirectos entre dos o más empresas puede interpretarse como un indicio de la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada. Como ya se ha subrayado más arriba la propia Comisión Europea, en los asuntos de cárteles, alega a menudo la existencia de un acuerdo y/o práctica concertada sin diferenciar entre ambos. En realidad, el concepto de práctica concertada adquiere importancia únicamente en los casos en los que la Comisión Europea o el Tribunal solo cuenta con pruebas indiciarias y muy indirectas de una supuesta infracción.<sup>20</sup>*

De conformidad con lo anterior, la coordinación y la cooperación propias de una práctica concertada no exigen la presencia de un plan y suelen tener lugar a través de contactos **directos** o **indirectos** entre operadores<sup>21</sup>. Tal como se desprende de jurisprudencia citada, la conclusión sobre la existencia de prácticas colusorias se deriva del análisis del comportamiento de las empresas en el mercado.

#### **5.4.1. Consideraciones del Despacho**

Las pruebas recaudadas dentro de la investigación permiten establecer la existencia de conductas realizadas por las empresas involucradas de manera coincidente, armónica y extendida en el tiempo, que al ser articuladas bajo una línea o elemento de coordinación y concomitancia, develan una práctica restrictiva concertada.

En efecto, como se verá más adelante, la concertación acusada se sustenta en diferentes elementos probatorios entre los que se encuentran escritos e impresos correspondientes a documentos, correos electrónicos y presentaciones en *Power Point* hallados en los computadores de personas vinculadas con las empresas objeto de la investigación.

Tal y como se describió en el Informe Motivado, todas las empresas investigadas realizaron de manera independiente, pero coordinada, conductas encaminadas a impedir el acceso al mercado específico de la tecnología PSA. A continuación, se analizarán cada una de las estrategias aplicadas por las Investigadas y la forma como éstas confluyeron en características y tiempo.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comisión Europea de 8 de julio de 1999, en el asunto C-49/92, Comisión c. Anic Partecipazioni SpA, Rec. P. I4125.

<sup>20</sup> Ortiz Blanco, Luis y otros. Manual de Derecho de la Competencia. Editorial TECNOS. Madrid. P. 79.

<sup>21</sup> Sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, «azúcar» (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartados 173 y 174. Citada en Conclusiones del Abogado General Cosmas presentadas el 15 de julio de 1997. - Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA. Asunto C-49/92 P. Recopilación de Jurisprudencia 1999 página I-04125.

DDA

Radicación No. 04047600

**5.4.1.1. La entrada de las PSA al mercado del oxígeno y la actuación de las Empresas Investigadas**

Según informa el apoderado de AGA FANO, hoy Linde Colombia S.A., la tecnología de producción de oxígeno para uso medicinal a través de plantas PSA ingresó al país hace más o menos 12 años, pero fue hacia el año 2002 cuando se presentó un mayor ingreso de esa tecnología al mercado.

No obstante, como puede observarse en la Gráfica 1, a pesar de la entrada de nuevos competidores, el mercado de oxígeno medicinal ha permanecido altamente concentrado y las empresas investigadas siempre tuvieron conjuntamente una altísima cuota del mismo.

En relación con la actuación de las investigadas, se encuentra probado en el expediente, la realización de conductas concertadas encaminadas a impedir el ingreso al mercado de las plantas PSA, tales como: (i) campañas para desestimular la adquisición de plantas PSA's de los competidores; (ii) la estrategia Burson-Marsteller encaminada a evidenciar los riesgos que la producción de oxígeno e importación de PSA, y señalar las responsabilidades jurídicas en que podrían incurrir los usuarios de PSA; (iii) la inclusión de cláusulas de exclusividad, de reciprocidad y anexos de exoneración de responsabilidad en los contratos de suministro de gases; (iv) la disuasión a posibles clientes de las PSA a través de precios inferiores; (v) el desmonte de plantas PSA por parte de clínicas y hospitales ante presiones u ofrecimiento de dádivas de las grandes empresas fabricantes de gases.

Las actividades mencionadas, como se expone en la presente Resolución, estaban dirigidas a obstruir la entrada o incursión de las empresas de tecnología PSA al mercado del oxígeno. Esta finalidad fue expresada por las investigadas así:

- (i) Para OXICOL las "[m]jetas de la estrategia"<sup>22</sup> implicaban el "[m]antenimiento actual del mercado para el oxígeno líquido y para el oxígeno gaseoso" y "[l]a posibilidad de revertir o desactivar las PSA actuales y poder recuperar esos volúmenes" (Negrilla fuera del texto);
- (ii) Para CRYOGAS el "[p]lan de Acción Inmediato"<sup>23</sup> era "[v]isitar a todas las instituciones con PSA y desmontarlas" (Negrilla fuera del texto) y
- (iii) Para AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. las estrategias se realizaban a través de "acciones y programas de carácter comercial destinados a CONSERVAR y RECUPERAR clientes, esto con el fin de no permitir a las PSA alcanzar el nivel aceptable de masa crítica que les permita perpetuarse en el mercado"<sup>24</sup>. (Negrilla fuera del texto)

<sup>22</sup> "PRESENTACIÓN PSA", documento encontrado en el computador de Sandra Quintero funcionaria de OXICOL.

<sup>23</sup> "Avances PSA's1" documento encontrado en el computador de Olga Botero funcionaria de CRYOGAS. (Cuaderno 14 del expediente).

<sup>24</sup> Documento "PLAN PSA- COLOMBIA- 12dic.2003" encontrado en el computador de Diana Ríos funcionaria de AGA FANO.

Radicación No. 04047600

Estas manifestaciones, junto con las demás pruebas que obran en el proceso y que se analizan en la presente Resolución, muestran que la finalidad de las estrategias adoptadas estaba vinculada al propósito común de obstaculizar la entrada de los competidores al mercado, y no como lo sostienen los investigados, con el exclusivo interés de proteger la salud de los pacientes. Lo anterior resulta más claro aún si se tiene en cuenta que, de acuerdo al peritazgo realizado y los testimonios recogidos en el curso de la investigación, está probado que no existían riesgos reales por el suministro de oxígeno producido por plantas PSA, siempre que, al igual que sucede con el sistema criogénico, se cumplieran las normas técnicas establecidas para la producción del mismo.

Como se expone a continuación, las conductas a las que se ha hecho referencia, fueron desarrolladas por las Investigadas con la finalidad de impedir u obstaculizar el ingreso de la tecnología PSA al mercado analizado.

**a. Campañas para desestimular la adquisición de plantas PSA's de los competidores**

Este Despacho encontró en las pruebas que obran en el expediente, conforme con las cuales, las campañas desarrolladas por las empresas investigadas tenían como objetivo generar preocupación y alerta por la calidad del oxígeno ofrecido a entidades de salud por proveedores de la tecnología PSA, con el fin de evitar que adquirieran dicha tecnología o provocar que desmontaran la existente.

El mecanismo adoptado por las investigadas para implementar la campaña en contra de las PSA, consistió en la realización de visitas a cada una de las instituciones de salud que podían ser clientas de PSA y a las que ya lo eran, para demostrar las ventajas de mantener o volver a adquirir oxígeno producido por el método criogénico, mediante charlas en el curso de las cuales exponían las desventajas de la otra tecnología o sistema de producción de oxígeno y hacían énfasis en la imposibilidad de compartir redes con el oxígeno producido por tecnología PSA o servir de *back up* al mismo.

Según se evidencia en las pruebas que obran en el expediente, esta actividad se planeó y puso en práctica por cada una de las investigadas, así:

- (i) AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. previó *"la programación de visitas para lo cual previamente definían temas y audiencias, así como se preparaban presentaciones sintetizadas para contactos individuales"*<sup>25</sup>;
- (ii) CRYOGAS definió *"[h]acer a cada institución lo antes posible, una completa presentación de las ventajas y beneficios que representa para la institución la Criogenia comparada con las PSA's en los aspectos económico, legal, operativo y de seguridad (se adjunta documento para conocer del tema y presentación para hacer al cliente), por parte del vendedor, el jefe de servicios y hasta del gerente regional cuando se requiera (...)"*<sup>26</sup> y

<sup>25</sup> Presentación Aga Linde Health Care, Folio 97, cuaderno 14 del expediente.

<sup>26</sup> Folio 71, cuaderno 8 del expediente.

007



Radicación No. 04047600

- (iii) OXICOL decidió "[a]umentar la frecuencia de visitas, estrechando las relaciones con quienes toman las decisiones" y como acción de mediano plazo "[d]otar a todas la regiones de un analizador de oxígeno, para promover visitas a los clientes con PSA instalada y mostrar a los mismos la pureza del gas que están consumiendo (...)"<sup>27</sup>

Nuevamente, se observa como una conducta del quehacer comercial, cobra importancia frente al régimen de protección de la libre competencia cuando es realizada por las principales competidoras en el mercado de oxígenos en Colombia con un fin coincidente: el de desplazar del mercado a la tecnología PSA, atacando con ello en forma coordinada.

Adicionalmente, el contenido de la estrategia proponía una tarea común y concordada, constituida por las visitas que se realizarían a las diferentes entidades de salud que podrían estar tentadas a adquirir el sistema PSA o ya lo habían adquirido, así como la focalización en las presuntas desventajas de dicho sistema frente al tradicional sistema criogénico.

#### **b. La estrategia de Burson & Marsteller**

Además de la preocupación manifiesta y coincidente de las Investigadas por la entrada al mercado de las plantas PSA, durante la etapa de investigación se encontró la presentación elaborada por la firma Burson & Marsteller (consultor internacional), denominada "Estrategia de prevención y alerta" dirigida a las tres empresas investigadas.

La estrategia planteada en el documento en mención, incluía una referencia a las debilidades del sector y señalaba entre ellas "*Ingreso fuerte de máquinas PSA en el último año, especialmente en la Costa Atlántica*". Otro de los ítems señalado en la estrategia, era la creación de un ambiente favorable para la expedición de normatividad sobre gases medicinales, lo cual se lograría mediante una agenda pública en materia de temas de salud pública.

Para lograr el objetivo, el consultor recomendó que se realizaran las siguientes actividades, a saber: (i) una campaña "*Con el Oxígeno no se juega*" para sensibilizar la percepción del oxígeno como medicamento al igual que "*Despertar preocupación y generar alerta por la calidad del oxígeno hospitalario*" y (ii) la realización de cabildeo a diferentes niveles (Ministerio de la Protección Social, Invima, Ministerio de Comercio Exterior, Congreso de la República, Asociaciones Médicas, Clínicas y Hospitales, pacientes, Icontec, líderes de opinión etc.) para "*persuadir a las audiencias clave*" y lograr la expedición de las normas técnicas exigentes sobre la producción de oxígeno.

Se contemplan también estrategias de presión a través de una "*Agenda de Ataque*" que tendría como objetivo "*Evidenciar los riesgos que la producción de oxígeno e importación de PSA, supone para la salud y las finanzas públicas*". Esta agenda comprendía (i) denuncias públicas, (ii) acciones legales (incluye denuncia ante INVIMA por la calidad o falta de requisitos de los medicamentos; solicitud de revocación de la

<sup>27</sup> Traducción presentada en marzo de 2009 por el perito Juan Carlos Anduckia. Folios 43, 44, 46, cuaderno 15 del expediente.

Radicación No. 04047600

habilitación de la entidad prestadora de servicios de salud, denuncia penal, acciones de cumplimiento y tutela, entre otros) y (iii) mensajes de advertencia mediante "visitas de los asesores legales a personal médico y administrativo de clínicas y hospitales" con el mensaje: "irregularidades y responsabilidades por el uso de PSA" tendientes a evidenciar los riesgos de la producción de oxígeno por el sistema PSA.

El cronograma con las diferentes fases y agendas de acción se dirigía a las tres Empresas Investigadas: AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL.

Se fijó igualmente un alcance de mediano y largo plazo para la estrategia que incluye la actuación en entidades gremiales, al igual que gráficos de responsabilidades donde se muestra la participación de "las empresas" en general, en las diferentes agendas.

En relación con la presentación de Burson Marsteller, AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. manifiesta no haber realizado ningún acuerdo con las otras investigadas en torno a la propuesta de la consultoría, al tiempo que OXICOL y CRYOGAS niegan haber participado en la misma y sustentan dicha afirmación, ente otros argumentos, en el hecho de no existir en el expediente prueba alguna de que se hayan cancelado los honorarios por la consultoría.

Pretenden los apoderados de las empresas investigadas concentrar su defensa en el hecho de que no existen pruebas de una participación conjunta en la elaboración del mencionado documento y que las estrategias allí planteadas no fueron desarrolladas puntualmente por cada una de ellas.

Sin embargo, es innegable que el nombre de todas las empresas involucradas en la investigación se incluyó en el documento y que, como se verá más adelante, a pesar de haberse iniciado las estrategias en contra de PSA desde antes de su elaboración, a partir de la misma, se observa que las conductas realizadas por las investigadas coinciden en gran medida con las estrategias planteadas por la empresa consultora; coincidencia que no tiene una explicación económica razonable, salvo que su objetivo hubiese sido afectar el normal funcionamiento del mercado.

Por otra parte, teniendo en cuenta que las empresas investigadas son competidoras, resulta por lo menos extraño que una de ellas contratara un estudio dirigido también a definir una estrategia común con competidoras, y mucho más, que éstas tuvieran conocimiento del mismo. En similar sentido, resulta extraño que un consultor internacional en estrategias de mercadeo planteara una estrategia de tal naturaleza incluyendo empresas que no solicitaron tal inclusión o que, por lo menos, no supieron que serían tenidas en cuenta para el diseño de tal estrategia.

De acuerdo con lo anterior, de la inclusión del nombre de las investigadas en la presentación de la compañía Burson & Marsteller, unido a las demás pruebas que obran en el expediente que demuestran que las conductas planteadas por el consultor fueron ejecutadas por las investigadas, se infiere la participación de las mismas en la realización del plan estratégico expuesto por la citada empresa, y por ende el conocimiento del mismo. En esta medida no resulta relevante si Burson & Marsteller fue o no contratado por las investigadas, sino el conocimiento y puesta en práctica de la estrategia planteada por éste.

Radicación No. 04047600

Ahora bien, vale la pena aclarar que este Despacho no considera reprochable que un sector de la industria busque el desarrollo de normas técnicas que tengan como fin mejorar la calidad de los bienes y servicios proveídos por los participantes en el mismo a sus usuarios. Lo reprochable, en términos de la libre competencia, es que el objeto de dichas normas sea excluir o eliminar tecnologías de producción y participantes en el mercado que usan dichas tecnologías, con el único fin de restringir la libre competencia. Así, es pertinente reiterar que el referido estudio no constituye por sí sólo la prueba base de la conducta acusada, sino que la misma se verifica con el análisis integral de todas las pruebas que obran en el proceso, las cuales indican que existió una estrategia concertada y directamente encaminada a la limitación y eliminación de una tecnología de producción, y por consiguiente a sus productores.

### c. Estrategias específicas de las investigadas

A continuación se presenta un resumen de los esquemas de estrategias anti PSA adoptadas por cada una de las investigadas, así como de la forma de identificarlas al interior de sus empresas.

La labor de investigación permitió determinar que cada una de las empresas investigadas había adoptado actividades encaminadas a desarrollar los ítems contemplados en la consultoría elaborada por Burson & Marsteller tal como lo resume el siguiente cuadro.

Actividad según la consultoría de Burson & Marsteller	Aga Fano	Cryogas	Oxicol
Identificación de clientes con PSA	X	X	X
Ofrecimiento de servicios atados al suministro exclusivo de oxígeno	X	X	X
Relaciones públicas y charlas con los directivos de Clínicas y Hospitales	X	X	X
Inclusión de cláusulas de exclusividad u opciones de primer oferente	X	X	X

#### c.1. CRYOGAS – Plan de acción contra las PSA<sup>28</sup>

Con el objetivo de defender sus clientes de las PSA en el mercado Medicinal Institucional, CRYOGAS plasmó sus estrategias específicas, en el documento denominado "*Plan de Acción contra las PSA*", en el cual expresamente se establece lo siguiente:

"(...) ESTRATEGIA ESPECÍFICA:

<sup>28</sup> Documento "*PLAN DE ACCION CONTRA LAS PSA*". Folios 71 y 72, cuaderno 8.

Radicación No. 04047600

1. *Hacer a cada institución lo antes posible, una completa presentación de las ventajas y beneficios que representa para la institución la CRYOGENIA comparada con las PSA's. (...)*"
2. *Ofrecer la estandarización de la red como una seguridad fundamental para la institución. (...)*"
3. *Presentar la nueva estructura de precios basada en escalas según consumos, la cual puede beneficiar a la institución a la vez que nos protege ante el montaje de una PSA. (...)*"
4. *Hacer firmar el documento que exonera de cualquier responsabilidad a CRYOGAS en el caso de presentarse algún inconveniente por el suministro de oxígeno generado en una PSA. (...)*"
5. *Hacer seguimiento oportuno y permanente a los clientes en caso de no tener respuesta inmediata. (...)*"

En el documento ANÁLISIS DE BENEFICIOS DEL SUMINISTRO CRIOGÉNICO vs. EL DE PLANTAS PSA (ARGUMENTOS PARA DARLE A LOS CLIENTES)<sup>29</sup>, CRYOGAS plantea como argumentos para dar a los clientes los siguientes:

*"[...] A primera vista, una planta PSA parece una alternativa bastante atractiva, un costo aparentemente bajo, un control sobre el proceso y una disponibilidad del oxígeno permanente. En síntesis, contar con un producto de buena calidad, a un precio bajo y con una disponibilidad de producto total y controlada por la IPS.*

*Sin embargo, la realidad es otra. La gran cantidad de aspectos que no son tratados en la negociación de una PSA y los enormes riesgos y costos ocultos que conlleva son innumerables. (...)*"

*Sobre la calidad del producto CRYOGAS manifestaba a sus clientes que:*

1. *La pureza del oxígeno medida en términos de porcentaje, refleja la calidad del oxígeno en relación con la presencia de otras sustancias, gases, contaminantes, etc, que se puedan presentar. No es la pureza lo que mata sino las impurezas (...)*
2. *Además y que es más grave, es que puede poner en peligro la salud de los pacientes, razón de ser de toda institución médica. (...)*
3. *O tal vez será mejor continuar contando con un proveedor de alta experiencia mundial y nacional, con el que estamos seguros que siempre estará ahí (...)*<sup>30</sup>

Adicionalmente, el interés y la actuación de CRYOGAS para obstruir la entrada al mercado de las empresas que instalan tecnología PSA se manifestaba en el Acta No. 68 de la reunión del 22 de junio de 2004 de Junta Directiva<sup>31</sup> donde se informó que

<sup>29</sup> Documento hallado en los archivos de la sociedad en el curso de la visita administrativa realizada el 19 de abril de 2007 Folios 49, 50 y ss., cuaderno 8 del expediente.

<sup>30</sup> Documento "Desventajas de las PSA" "ANÁLISIS DE BENEFICIOS DEL SUMINISTRO CRIOGÉNICO vs EL DE PLANTAS PSA" encontrado en el computador de Sandra Jaramillo funcionaria de CRYOGAS.

<sup>31</sup> Folios 112 a 119 del cuaderno No. 8 del expediente.

100A

Radicación No. 04047600

*"durante estos últimos cuatro meses se ha logrado que tres clientes hayan **desmontado las PSAs con las que obtenían el producto [...]**" (Resaltado fuera del texto)*

Las pruebas a las que se hizo referencia demuestran que las actuaciones que llevó a cabo CRYOGAS tenían por objeto impedir la entrada al mercado de las empresas de tecnología PSA.

**c.2. AGA FANO HOY LINDE COLOMBIA S.A. – Plan PSA Colombia<sup>32</sup>**

AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., planteó una estrategia contra las tecnología PSA en la cual incluyó la suscripción de contratos de largo plazo, la revisión de precios y condiciones de crédito y la influencia para cambiar Bases de Licitaciones para elevar exigencias<sup>33</sup>.

Iguamente adoptó una estrategia de acciones pre-PSA, post-PSA y para los clientes con PSA<sup>34</sup> así:

a. Acciones Pre – PSA:

- Charlas de Oxigenoterapia y Seguridad con el objetivo generar un cambio en la percepción del oxígeno como medicamento.
- Ofrecimiento de ayudas: equipos, comodatos, etc., con el objetivo de generar compromiso.

b. Acciones Post – PSA:

- Rediseño de oferta económica y de beneficios.
- Visitas constantes.

c. Acciones clientes con PSA<sup>35</sup>:

- Oferta back up con condiciones muy específicas.
- Oferta de otros gases y servicios.
- Al cliente que no quiere continuar con una relación comercial se buscará la posibilidad de interponer denuncias por competencia desleal, p or vender productos fraudulentos, etc<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Presentación Aga Linde Health Care, Folios 102 y ss., cuaderno 14.

<sup>33</sup> Documento "PSA Strategy" encontrado en el computador de Diana Ríos funcionaria de AGA FANO. (folios 30 y ss. del cuaderno 14).

<sup>34</sup> Documento "PLAN PSA-COLOMBIA-12dic.2003" encontrado en el computador de Diana Ríos funcionaria de AGA FANO.

<sup>35</sup> Documento "PLAN PSA-COLOMBIA1" encontrado en el computador de Clara Villabona funcionaria de AGA FANO.

Radicación No. 04047600

Como complemento de la estrategia así planteada se observa en el documento denominado Acta de Compromisos Visita Sincelejo<sup>37</sup> donde se acordaron varias acciones en la zona, que respecto de Montería se dijo:

*"Clínica de Montería – Dra. Mónica Hadad*

*"Enviar carta para exoneración de responsabilidad con el Oxígeno suministrado en el momento, para firma de la doctora a la fecha.*

*Carta de explicación sobre el no abastecimiento, mientras se mantenga la PSA, esta será presentada a la Junta Directiva que se celebrará antes del 15 de junio aprox. Incluir charla a la Junta Directiva sobre PSA y regulación. (...)"*

Expresión de la misma política contra la tecnología PSA se encuentra en la comunicación que envió AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. a la Clínica de Montería<sup>38</sup>, donde se manifestó:

*"Nos complace que la Junta Directiva de la Clínica apruebe continuar con la relación comercial de tantos años y entendemos su interés de evaluar otras alternativas de suministro para los gases medicinales. Sin embargo, teniendo en cuenta el marco regulatorio de calidad y legal existente hemos considerado importante informar a nuestros clientes sobre los riesgos asociados con el suministro a los pacientes de medicamentos calificados como "fraudulentos" por las Autoridades de salud a través de reuniones, charlas, etc."*

### C.3. OXICOL– Plan de acción PSA<sup>39</sup>

La estrategia de OXICOL se orientó a "reversar o desactivar las PSA actuales y poder recuperar estos volúmenes"<sup>40</sup>, para lo cual se fijaron las siguientes vías de acción:

- Impartir charlas de racionalización y seguridad en el uso y manipulación de gases medicinales.
- Aumentar la frecuencia de visitas, estrechando las relaciones con quienes toman las decisiones.

<sup>36</sup> Documento "PLAN PSA-COLOMBIA1" encontrado en el computador de Clara Villabona funcionaria de AGA FANO

<sup>37</sup> Documento impreso obrante a folio 23 del cuaderno No. 14 del expediente hallado en archivos del computador de la Dra. Clara Villabona, en la visita administrativa realizada el 9 de noviembre de 2006.

<sup>38</sup> Comunicación impresa obrante a folio 24 del cuaderno No. 14 del expediente hallado en archivos del computador de la Dra. Clara Villabona, en la visita administrativa realizada el 9 de noviembre de 2006.

<sup>39</sup> Praxair Business Confidential - Documento traducido en el mes de marzo de 2009 del idioma portugués al español por el perito traductor Juan Carlos Anduckia. Folios 38 y ss. del cuaderno 15 del Expediente: "[...] Recomendamos que este Plan sea retransmitido a las Unidades de Negocios con orientación para que la responsabilidad de su implementación sea delegada en los gerentes de las mismas, y principalmente, para que todas las acciones (propuestas, presentaciones, participaciones en congresos, etc.) de los proveedores de PSA sean informadas a los GDV's Medicinales con el fin de que tengamos un monitoreo constante de forma y readecuemos el Plan conforme a las necesidades. (...)"

<sup>40</sup> Documento denominado "PRESENTACION PSA" encontrado en el computador de Sandra Quintero funcionaria de OXICOL. (obranste a folio 116 del cuaderno 14).

Radicación No. 04047600

- Ofrecer revisión de las redes centralizadas de gases, buscando reducir el consumo procedente de los vaciamientos.
- Ofrecer equipos de gasoterapia a precios competitivos.
- Entrenamiento de los equipos de ventas en la utilización de las herramientas del Plan de Acción de Defensa del Oxígeno Medicinal por PSA.
- Elaboración de propuesta de reducción de precios, adecuada a la no viabilidad de la PSA, cuando fuere necesaria.
- Demostraciones financieras de los riesgos que implica el cambio de sistema.<sup>41</sup>

Respecto de la ejecución de políticas para obstruir la entrada de la tecnología PSA, resulta relevante el correo electrónico del 13 de junio de 2006, recibido por el mail del Gerente de OXICOL donde se le informa la labor que se está realizando para "**desmontar**" una planta PSA en Tuluá<sup>42</sup>.

Como puede observarse, las Empresas Investigadas establecieron estrategias encaminadas a obstruir la entrada al mercado de la tecnología PSA, las cuales mantienen una unidad de propósito.

En efecto, AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., OXICOL y CRYOGAS realizaron en forma similar una estrategia cuyas acciones complementarias incluyeron: (i) las visitas a los clientes para impartir charlas de racionalización y seguridad en el uso y manipulación de gases medicinales, riesgos para la salud de los pacientes y la credibilidad de la entidad, posibles sanciones legales y denuncias; (ii) los documentos de exoneración de responsabilidad y los contratos a largo plazo con cláusulas de exclusividad cuya duración va más allá del año 2007 y (iii) la elaboración de propuestas de reducción de precios.

Mediante este conjunto de hechos, se logró identificar que las tres empresas habían adoptado conductas convergentes, que a primera vista pueden percibirse como estrategias de mercado para defender o ganar clientes, pero que vinculadas, entre otros aspectos, con el hallazgo de la Consultoría elaborada por la firma Burson & Marsteller,

<sup>41</sup> Documento electrónico hallado en el computador de la señora Sandra Quintero, Gerente de la División Medicinal Institucional (computador revisado en el curso de la visita administrativa a la sociedad el 24 de noviembre de 2006), titulado "ESTRATEGIAS- PRESENTACIÓN PSA", que se encuentra impreso a folio 116 del cuaderno No. 14 del expediente.

<sup>42</sup> Correo electrónico del 13 de junio de 2006 hallado en el computador de Sandra Quintero Murillo, Gerente de Operaciones Medicinales de Oxigenos de Colombia, recibido por el mail de su Gerente (cesarfranco/COL/SA/PRAXAIR@ Praxair) Ref: Hospital San Francisco de Tuluá en el que escribió: "(...) desde el mes de abril estamos realizando un trabajo con el Hospital en referencia de Tuluá, el cual tiene una planta PSA de Ogsi y un compresor alquilado para aire. (...) Nosotros pasamos la siguiente propuesta en escala debido a que ellos no son muy conscientes del consumo y para estimular el cambio, sabiendo que la facturación real va a ser de 8000 m3. Esta sería la primera planta que desmontamos y tendríamos un mezclador en la zona occidente. Quedo en espera de sus comentarios para poder cerrar la operación." (Negrilla fuera del texto).

2004

Radicación No. 04047600

denominada "Estrategia de prevención y alerta"<sup>43</sup>, permiten demostrar la relación entre ellas y la línea de acción señalada en mayor o menor grado de detalle por el consultor.

Con base en lo anterior, es posible determinar la existencia de un elemento de coordinación entre empresas que debían actuar como competidoras y que al contrario se alinearon en torno a estrategias similares para obstruir la entrada al mercado de la tecnología de producción de oxígeno PSA, y a sus productores.

Si bien cada empresa ejecutó individualmente la estrategia, ese sólo hecho no prueba la inexistencia de la práctica concertada, pues esta práctica se patentiza con un conjunto de acciones concomitantes entre competidores que, sin importar la forma que revistan, al ser estudiadas conjuntamente reflejan una unidad de objeto y propósito de acción, el cual no tiene razonabilidad económica alguna, a menos que provenga del concurso de competidoras y tenga como fin excluir a uno o varios competidores del mercado. Así, tal como lo ha indicado la doctrina Europea, la acción supuestamente independiente no basta para excluir su responsabilidad<sup>44</sup>.

**d. Coincidencia en contratos de suministro de gases medicinales de larga duración con cláusulas de exclusividad y los anexos de exoneración de responsabilidad**

Otra de las estrategias adoptadas por las empresas investigadas fue buscar mantener con sus clientes relaciones comerciales a través de la suscripción de contratos de largo plazo con cláusulas de exclusividad, con el objeto de atar a los clientes institucionales a su sistema de suministro.

La existencia de contratos de largo plazo con cláusulas de rescisión favorece la "fidelización de los clientes", pues mediante ellos una cierta porción de la clientela se ve transitoriamente "cautiva" de su actual proveedor, lo cual dificulta el ingreso al mercado de las empresas de tecnología PSA.

Como lo menciona la doctrina argentina, "[...] la existencia de contratos de largo plazo con cláusulas de rescisión favorece la fidelización de los clientes, llevando a una situación de reparto implícito entre los actores de mercado. En efecto si quien ha contratado con una empresa la provisión de un cierto bien o servicio solo puede cambiar de proveedor pagando una determinada suma por rescindir su contrato, esto hará que una cierta porción de la clientela se vea momentáneamente cautiva de su actual proveedor y le quitará incentivos a los restantes oferentes [...]"<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Asunto C-49/92 P Comisión de las Comunidades Europeas / Anic Participazioni SpA Competencia. Boletín Económico de ICE N° 2640 DEL 10 AL 23 DE ENERO DE 2000 57. "son necesariamente el resultado del concurso de varias empresas, que son en su totalidad coautoras de la infracción, pero cuya participación puede revestir formas diferentes, en función principalmente de las características del mercado de que se trate y de la posición de cada empresa en dicho mercado, de los fines perseguidos y de las modalidades de aplicación elegidas o planeadas. No obstante, la mera circunstancia de que cada empresa participe en la infracción de una forma propia a cada una no basta para excluir su responsabilidad por la totalidad de la infracción, incluyendo los comportamientos que son ejecutados materialmente por otras empresas participantes, pero que comparten un mismo objetivo o el mismo efecto contrario a la competencia".

<sup>45</sup> Coloma Germán, "La Defensa de la Competencia, Análisis económico comparado", Editorial Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina 2003. "Prácticas horizontales colusivas" páginas 80 y ss.



Radicación No. 04047600

En el presente caso, como se verá a continuación las investigadas suscribieron contratos con las características anotadas:

**d.1. Contratos celebrados por AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. que evidencian largos plazos y cláusulas de exclusividad**

- Contrato de suministro de gases medicinales.- Clínica de Occidente de Cali, Vigencia del contrato: 3 años contados a partir del 1° de julio de 2004. *"Cláusula Cuarta.- Reciprocidad.- El Contratante (Clínica) por los beneficios que recibe se compromete a comprar exclusivamente los mencionados productos (oxígeno líquido, oxígeno gaseoso, óxido nítrico, nitrógeno gaseoso, CO2 seco) durante la vigencia del presente contrato, exceptuándose circunstancias de fuerza mayor como daño en la producción del CONTRATISTA, problemas de transporte, catástrofes naturales, guerras u otra razón entre las partes. En tal caso, EL CONTRATISTA notificará de inmediato al CONTRATANTE, quien tendrá derecho a suplir sus necesidades en otra forma mientras persistan las dificultades para la entrega [...]"*<sup>46</sup>.
- Contrato de suministro de gases medicinales.- Clínica de Occidente de Tuluá. Vigencia del contrato: 3 años contados a partir del 1° de julio de 2004. *"Cláusula Cuarta.- Reciprocidad.- El Contratante (Clínica) por los beneficios que recibe se compromete a comprar exclusivamente los mencionados productos durante la vigencia del presente contrato [...]"*<sup>47</sup>.

**d.2. Contratos celebrados por Oxígenos de Colombia que evidencian largos plazos e inclusión de cláusulas de exclusividad**

- Contrato de proveeduría de gases, Folios 179, 180, cuaderno No. 6, visita administrativa. A Oxígenos de Colombia, celebrado en el año 1997 con la Clínica Vascular Navarra - plazo de duración: 8 años. Cláusula 8, segundo inciso: *"La proveedora se obliga a proveer al cliente (clínica) el producto objeto de este contrato y este último se compromete a adquirir tal producto de manera exclusiva a la PROVEEDORA en todas las aplicaciones y locales donde lo vienen utilizando."*
- Propuesta comercial<sup>48</sup> para el suministro de gases: - Clínica de Occidente Bogotá<sup>49</sup>. *"Condiciones comerciales: 1) Ampliar el término del contrato actual por un periodo de 2 años adicionales, hasta el 2010, actualizando el modelo de contrato vigente. 2) La clínica garantizará a Oxígenos, ser la primera opción en los suministros de gases medicinales, compresor de aire, bomba de vacío, y demás elementos que pueda proveer nuestra compañía."*

<sup>46</sup> Folios 90 y ss. Cuaderno No. 2 del expediente, descargos de AGA FANO.

<sup>47</sup> Folios 153 y ss. Cuaderno No. 2 del expediente, descargos de AGA FANO.

<sup>48</sup> Código de Comercio, Propuesta comercial, artículo 846 *"La propuesta será irrevocable. Por consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario [...]"*

<sup>49</sup> Folios 192, 193, cuaderno No. 6.

2007

Radicación No. 04047600

La cláusula quinta de esa propuesta establece la siguiente obligación "1. *Adquirir con carácter preferente los gases medicinales (Oxígeno gaseoso, aire comprimido, nitrógeno gaseoso y óxido nitroso) proporcionados y con carácter exclusivo el oxígeno líquido, en la totalidad de sus necesidades y en todas sus aplicaciones y localidades en que pueda ser utilizado, pagando el precio convenido*". (Negrilla fuera del texto)

- Contrato de comodato para suministro de oxido nítrico Oxígenos de Colombia y Saludcoop – Cundinamarca<sup>50</sup>-, duración: 1 año y se prorrogará por periodos iguales según acuerdo escrito previo entre las partes.

*"Cláusula tercera - obligaciones del comodatario - c) Consumir y comprar el oxido nítrico y los demás gases que requiera o llegue a requerir única y exclusivamente al COMODANTE – OXICOL."*

- Contrato de comodato de bienes muebles (redes, tanques, equipos en adelante la red) celebrado con la Fundación Abod Shaio – Bogotá, (contrato accesorio al de suministro de gases medicinales), duración: desde abril de 2005 hasta diciembre de 2008<sup>51</sup>.

*"Cláusula Tercera. Uso Autorizado.- única y exclusivamente para el desarrollo de las aplicaciones en sus instalaciones [...]"*

*"Parágrafo - PACTO DE PREFERENCIA: El Comodatario (clínica) acuerda que, El Comodante, tendrá preferencia, frente a los otros proveedores en el mercado, en la compra de todos aquellos productos que requiera o llegare a requerir y que El Comodante esté en capacidad de suministrar, siempre y cuando El Comodante ofrezca condiciones iguales o mejores a las de terceros."*

*"Cláusula cuarta - obligaciones del comodatario - c) Consumir y comprar el oxígeno líquido y los demás gases que requiera o llegue a requerir única y exclusivamente al COMODANTE – OXICOL."*

**d.3. Contratos celebrados por CRYOGAS que evidencian largos plazos y cláusulas de exclusividad o de terminación del contrato frente a la opción de obtener el suministro de oxígeno de otro proveedor**

- Oferta Mercantil de Suministro aceptada por la Clínica Versalles S.A. de Manizales<sup>52</sup>, Visita administrativa realizada a las instalaciones de CRYOGAS en la ciudad de Medellín, *"Cláusula Décima Séptima.- Causales especiales de terminación - "literal g: Por parte del oferente (CRYOGAS): En el evento en que durante la vigencia de la presente oferta mercantil, el beneficiario de la misma (Clínica), optare por obtener de terceros, productos de la misma o similar naturaleza de la que es objeto esta oferta mercantil comercial de suministro, o se provea de éstos con medios propios tendientes a su*

<sup>50</sup> Folio 197, cuaderno No. 6.

<sup>51</sup> Folios 106 y 107, cuaderno No. 6.

<sup>52</sup> Folios 150 y ss. Cuaderno No. 8 del expediente.

DCA

Radicación No. 04047600

*producción, el oferente podrá dar por terminada de manera unilateral la presente oferta mercantil sin que por ello se configure un incumplimiento a sus obligaciones [...].* Fecha suscripción: 9 de abril de 2007- Cláusula Décima: Duración y aceptación de la oferta: 5 años.

- Oferta Mercantil de Suministro y transporte de gases aceptada por la Clínica del Rosario de Cartagena, Fecha 21 de octubre de 2006<sup>53</sup>.- Visita administrativa CRYOGAS. "Cláusula Décima: Duración y aceptación de la oferta: seis (6) años."

*"Cláusula Décima Octava.- Causales especiales de terminación.- numeral 7: Por parte del oferente (CRYOGAS): En el evento en que durante la vigencia de la presente oferta mercantil, EL BENEFICIARIO de la misma (Clínica), optare por obtener de terceros, productos de la misma o similar naturaleza de la que es objeto esta oferta mercantil comercial de suministro, o se provea de éstos con medios propios tendientes a su producción. EL OFERENTE podrá dar por terminada de manera unilateral la presente oferta mercantil sin que por ello se configure un incumplimiento a sus obligaciones (...)"*

Los Anexos de exoneración de responsabilidad, que debieron firmar las clínicas y hospitales se fundaron en los presuntos riesgos para la salud humana por la posibilidad de compartir las redes de conducción de gases medicinales entre los métodos de producción de oxígeno medicinal criogénico y PSA; riesgos que conforme con la información obrante en el expediente resultaron ser más una estrategia encaminada a obstruir el ingreso al mercado de la tecnología PSA, que una probabilidad apoyada en evidencia científica.

A dicha conclusión se arriba luego de contar con el experticio técnico, practicado a solicitud de la empresa Oxígenos de Colombia Ltda., rendido por la perito bióloga nombrada dentro de la investigación, que informó:

*"El oxígeno proveniente de plantas PSA's o plantas criogénicas tiene las mismas características físico-químicas por lo que no tiene ningún tipo de incidencia clínica al compartir sus redes."<sup>54</sup>*

Además, los siguientes testimonios indican que los temores por el uso de oxígeno producido por plantas PSA que infundían a sus clientes las Empresas Investigadas, carecían de soporte.

El Testimonio del señor Diego Medina, Representante legal de la Clínica Bogotá – Párrafo de la Pregunta 42, formulada por el apoderado de la sociedad Oxígenos de Colombia:

*"(...) Entonces en algunos eventos, mi representado dijo: Yo no quiero trabajar con la P.S.A., lo que yo estoy es tratando de establecer, es que esa decisión en este momento, en este país es una decisión que es razonable, que no quiere decir que todo el mundo*

<sup>53</sup> Folios 157 y ss. Cuaderno No. 8 del expediente.

<sup>54</sup> Dictamen pericial rendido por la Master bioquímica, Gloria Matallana Rodríguez, que reposa en el expediente. Cuaderno 7 folios 162 a 263.

DDA

Radicación No. 04047600

*llegue a la misma conclusión. Pero que no es una decisión que corresponda a una arbitrariedad, entonces la pregunta es ¿Si el Dr. Tiene una experiencia muy grande en esto, la pregunta es: En su concepto de acuerdo con su experiencia, una persona que haga un análisis de riesgo podía llegar a la conclusión yo me siento tranquilo trabajando con una PSA, o podría no llegar a una conclusión distinta sin que esa decisión sea arbitraria? Respuesta: "Hay varias cosas, una de comentario, Oxígenos de Colombia convivió con la Clínica Bogotá, con las dos modalidades, o sea suministro a través del tanque criogénico, oxígeno a la clínica, sabiendo además que PSA existe en la Clínica Bogotá, por lo tanto coexisten los dos modelos y esas preocupaciones de mezclas y de calidad posiblemente se den y sea una de las preocupaciones que pudieran jalonarse alrededor del tema; yo creo que es una evaluación de riesgo, yo creo que las conclusiones van a llegar, yo creo que es una opción técnica y económica que se está generando en el país, y yo creo que el temor que asalta es más un temor infundado, es un temor de desconocimiento o un temor por temor, porque además nadie, si usted va y dice, en concreto que es lo que le da temor, no sabe expresarlo como concretamente, cierto?(...)" (Subraya fuera de texto)*

Testimonio del Sr. Libardo Leal, Subdirector de la Clínica Fundación Salud Bosque de Bogotá (folios 298 y ss. Cuaderno 13 del expediente).

*"Pregunta 12: Durante los meses de Enero de 2005 a julio de 2007 son casi dos años y medio en que ya tienen ustedes experiencia en la operación de la planta PSA o suministro de oxígeno, durante este tiempo cual ha sido la experiencia del día a día de la clínica con la planta PSA? Responde: Pues la experiencia ha sido muy buena hasta el momento no tenemos caso documentado de complicaciones de pacientes o algún tipo de otros inconvenientes surgidos por la utilización de dicho oxígeno que fue otro de las cuestiones que al principio tuvimos una serie de inquietudes. La planta opera de forma constante, no existe evidencia se llevan todos sus controles es una planta que ya está certificada por el INVIMA (...) El funcionamiento es adecuado como le digo y hasta el momento no tenemos evidencia de ningún tipo de inconveniente presentado."*

El análisis de las modalidades contractuales explicadas anteriormente permite concluir que, además de regular las relaciones comerciales entre los fabricantes de oxígeno medicinal y las clínicas y hospitales, vía cláusulas de exclusividad u opciones de suministro privilegiado, la práctica concertada por las investigadas creaba barreras de acceso a potenciales entrantes al mercado del oxígeno medicinal.

#### **d.4. Efectos de las cláusulas de exclusividad**

Entre los efectos de las cláusulas de exclusividad que distorsionan la libre competencia, se encuentran:

- Excluir o eliminar agentes de los canales de distribución en el mercado secundario o de abajo.
- Generar barreras de entrada o de expansión.
- Facilitar la cartelización al negarle a los compradores la oportunidad de forzar competencia entre los distribuidores.

Radicación No. 04047600

Respecto de las cláusulas de exclusividad se pronunció la Corte Constitucional de Colombia señalando en la sentencia C-535 de 1997, que las mismas resultan anticompetitivas, si tienen un efecto real en la restricción de la competencia para lo cual es necesario analizar varios aspectos del mercado respectivo y de los competidores dentro del mismo, "[...] puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente".

Desde esta perspectiva, si bien las cláusulas de exclusividad por ellas mismas no son anticompetitivas, ellas deben examinarse en conjunto con factores económicos que inciden para cada caso en el mercado evaluado. Tal como se verificó en la presente investigación, las características del mercado de oxígeno medicinal, la alta participación de las empresas investigadas y el incentivo de mantener dicha posición obstruyendo la entrada de la tecnología PSA, permiten concluir que las cláusulas de exclusividad formaban parte de una práctica concertada que se enderezaba a dejar por fuera del mercado a los proveedores de PSA, o impedir su expansión en el mismo.

En efecto, bajo el esquema estructurado por AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., OXICOL y CRYOGAS, los proveedores de plantas PSA no tienen la posibilidad de ofrecer su venta, instalación y servicios a los hospitales y clínicas, ya que éstas se encuentran obligadas por un contrato de exclusividad firmado con las empresas investigadas, con lo cual aumenta la posibilidad de obstruir la entrada al mercado de empresas con tecnología PSA.

El sistema de cláusulas de exclusividad, tal como funciona en el presente caso, otorga ventajas a las empresas investigadas que poseen la mayor participación de mercado, lo que se traduce en hacer prácticamente imposible el acceso de los proveedores de tecnología PSA, y en restringir la libertad de las clínicas y hospitales para elegir la tecnología que más les convenga en función de las ventajas económicas que ofrece. En efecto, las cláusulas de preferencia por los productos de la oferente arriba mencionadas, le entregan al productor incumbente la opción de igualar la oferta del productor entrante, impidiendo así que se de competencia efectiva en el mercado. Del mismo modo, otras cláusulas como la cláusula de primera opción arriba definida, las cláusulas de terminación unilateral por la demanda de productos sustitutos, y las demás cláusulas definidas, componen un sistema de exclusividad contractual diseñado con el fin de restringir la entrada de competidores al mercado. Sistema que se hace reprochable a la luz del derecho de la competencia, en vista del amplio poder de mercado que tienen en conjunto las empresas investigadas y la evidente concertación de estrategias jurídicas encaminadas a impedir o excluir del mercado las empresas competidoras.

**e. Disuasión de posibles clientes de las PSA a través de precios inferiores**

Junto con las campañas de desprestigio y los contratos de largo plazo, las Empresas Investigadas desarrollaron estrategias de precios más bajos que los usualmente cobrados a sus clientes.

1007

Radicación No. 04047600

Al respecto, el representante legal de la sociedad Chaher Ltda. (Empresa dedicada a la ingeniería hospitalaria, proveedora de los equipos e ingeniería necesarios para los sistemas de generación in situ de gases), en oficio de enero de 2007, a través del cual atendieron requerimiento formulado por esta Entidad mencionó:

*"Hemos podido apreciar cómo, en lo que interpretamos como un afán de cerrarle a las PSA, el acceso al mercado del oxígeno medicinal, las mencionadas compañías vienen haciendo ofertas comerciales puntuales y coyunturales, notoriamente inferiores a los precios del mercado que ellos mismos manejan, a aquellas instituciones que muestran algún serio interés en la generación in situ. (...) El precio promedio reportado por 17 IPS de alta complejidad en Bogotá es de \$3.211/m3. Después de conocer el serio interés de algunas instituciones por las PSA, los proveedores tradicionales (Aga, Oxicol, Cryo) han revaluado sus precios, como se aprecia en los siguientes casos: Clínica del Occidente: Precio anterior \$2.800, precio actual \$1.600, Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud – Hospital San José, Precio anterior \$3.200, precio actual \$1.600, Clínica de Nuestra Señora del Rosario de Cali, precio actual \$1.200. (...)" (precios reportados para el mes de diciembre de 2006)<sup>55</sup>.*

Así, la reducción en los precios fue resultado de la puesta en práctica de uno de los ítems de la estrategia anti PSA, cuya finalidad era presentar ofertas atractivas a clínicas y hospitales que demostraban serio interés en instalar la tecnología PSA.

Como se dijo en el Informe Motivado, lo reprochable en este caso no es la disminución en los precios del m<sup>3</sup> de oxígeno medicinal proporcionado por las investigadas, sino el hecho de que dicha reducción es un elemento más que compone estrategia común destinada a excluir del mercado u obstruir a las empresas de tecnología PSA.

f. **Desmante de plantas PSA ante presiones u ofrecimiento de dádivas de las grandes empresas fabricantes de gases**

El desmante de plantas PSA como un elemento más de la estrategia adoptada por las investigadas se evidencia en el correo electrónico remitido por la Dra. Sandra Quintero, Gerente de Operaciones Medicinales de Oxígenos de Colombia, informando a su Gerente General sobre el trabajo realizado en un Hospital que contaba con planta PSA

*"(...) desde el mes de abril estamos realizando un trabajo con el Hospital en referencia de Tuluá, el cual tiene una planta PSA de Ogsi y un compresor alquilado para aire. (...) Nosotros pasamos la siguiente propuesta en escala debido a que ellos no son muy conscientes del consumo y para estimular el cambio, sabiendo que la facturación real va a ser de 8000 m3. Esta sería la primera planta que desmontamos y tendríamos un mezclador en la zona occidente. Quedo en espera de sus comentarios para poder cerrar la operación." (Negrilla fuera del texto)*

Igualmente se observa el interés en el desmante de las plantas PSA en el siguiente cuadro<sup>56</sup>:

PSA DESMONTADAS - CRYOGAS	PSA DESMONTADAS - OTROS
---------------------------	-------------------------

<sup>55</sup> Oficio radicado por la sociedad Chaher Ltda. con el No. 04047600 – 00129 -001 de enero 9 de 2007, folios 296 a 300, cuaderno No. 7.

<sup>56</sup> "Inventario PSA Actualizado Enero 07" documento encontrado en el computador de Sandra Jaramillo funcionaria de CRYOGAS.

604

Radicación No. 04047600

Hospital Santa Clara (2004), H. San Blas (2007)	AGA - Hospital Cardiovascular del niño (Luis Carlos Galán) (20.000 m3), Tienen planta propia, no la están usando porque AGA les pasó una oferta muy interesante, trabaja tarifa integral con AGA), 2005, Tienen contrato con AGA hasta Julio.
La Asunción y La Merced (2004) y San Rafael Sabana Larga (2003)	AGA: Clínica de Montería (2005)

**g. La verificación de elementos que facilitan la práctica concertada**

Las tres investigadas argumentaron de manera común<sup>57</sup> que la Delegatura de Protección de la Competencia, no había acreditado dentro del expediente indicios o pruebas sobre la existencia del acuerdo, en el sentido previsto en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas. No obstante, la doctrina ha identificado diferentes conceptos que permiten inferir la presencia de cartelización, los cuales se refieren a las características que tenga el mercado estudiado<sup>58</sup>, y que se verificaron en la presente investigación, como se ilustra a continuación.

**g.1. Existen pocas firmas, o sólo algunas pocas grandes firmas (Es más fácil llegar a un acuerdo entre pocas personas que conseguirlo con muchas)**

<sup>57</sup> a. Alegatos presentados por los apoderados de cada una de las investigadas, a través de los cuales niegan la existencia del acuerdo o la práctica concertada: Apoderado de CRYOGAS, folios 180 y s.s. del cuaderno No. 15 "... la elaboración y presentación del mencionado plan estratégico, pues dígame de entrada que la empresa CRYOGAS nunca contrató o conoció o le fue presentado o enviado para su conocimiento el mencionado plan, menos llegó a pagar suma alguna a dicho consultor para su elaboración y presentación, tampoco el funcionario investigador demostró a través de las pruebas idóneas respectivas los supuestos de hecho sobre los cuales estructura la conclusión formulada, pues al no reposar en el expediente las pruebas que acrediten la contratación, el pago o la presentación a CRYOGAS por parte del asesor o de Aga Fano, el hecho indicador sobre el cual se estructura la conclusión, no está debidamente probado [...]"

b. Apoderado de OXICOL, folios 144 y s.s. del cuaderno No. 15 "[...] La coincidencia en reacciones no implica un cartel (...) Tal como lo ha sostenido esa Superintendencia reiteradamente y que en forma se mantiene en el informe motivado, en cualquiera de las modalidades "[e]stas figuras deben contener la voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir una actuación conjunta y mancomunada. Por tanto para que exista un acuerdo deben concurrir como mínimo dos elementos a saber, la bilateralidad, esto es que existan por lo menos dos sujetos que puedan acordar y, de otra parte, una expresión de la voluntad o consenso entre las partes independientemente de su naturaleza o formalización"

Por el contrario no existirá acuerdo, pues no habrá la manifestación de esa voluntad, cuando lo que se evidencie sean actuaciones unilaterales de los competidores, desprovistas de esa voluntad de actuar al unísono. [...] Esa verdad no dejará de serlo cuando se evidencie que, frente a un factor común, todas las Empresas Investigadas reaccionaron, si la reacción se ha dado para cada una por separado, dado que sería absurdo exigir que ante un mismo factor las empresas no solo tuvieran que actuar individualmente, sino de maneras incompatibles o contradictorias. [...]"

c. Apoderado de AGA FANO, folios 197 y s.s. del cuaderno No. 15 "AGA FANO no ha celebrado ningún acuerdo con sus competidores para retirar los tanques criogénicos de las instalaciones de salud, ni para amenazar con suspender el suministro de oxígeno, tampoco ha ejercido coacción alguna, ni de manera individual ni coordinada, sobre aquellos clientes que quieran terminar sus contratos o instalar PSA (...)"

<sup>58</sup> Al respecto, Craig W. Conrath, en su obra "Guía Práctica para la ejecución de la Ley Antimonopolio" señala como elementos indicadores del cartel, los siguientes: (i) la existencia de pocas firmas o sólo algunas pocas grandes firmas; (ii) las firmas son similares; y (iii) el producto es homogéneo.

1304

Radicación No. 04047600

La presencia de las tres empresas fabricantes de gases medicinales en Colombia data aproximadamente de seis décadas, durante las cuales, según se pudo evidenciar con la información obrante en el expediente, atendían de manera prácticamente exclusiva la demanda de oxígeno y gases medicinales del sector institucional (clínicas y hospitales) en todas las regiones del país.

**g.2. Las firmas son similares (Firmas semejantes pueden ponerse de acuerdo más fácilmente)**

Hay similitud entre empresas o firmas, cuando: Se dedican a fabricar o producir el mismo insumo o producto, utilizan los mismos sistemas de producción, y acuden a los mismos sistemas de distribución.

En la investigación que nos ocupa, esta similitud se observó en tanto AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. Cryogas y Oxicol fabrican oxígeno medicinal de las mismas características físicas y químicas, utilizan el mismo sistema de fabricación denominado sistema criogénico o destilación fraccionada de aire atmosférico, y acuden para la distribución de su productos a los mismos sistemas de transporte.

**g.3. El producto es homogéneo, sin importar qué firma lo produce**

Resultó probado con suficiencia y respaldado con el dictamen técnico de la perito bióloga contratada por OXICOL, que el oxígeno medicinal obtenido por licuefacción del aire y suministrado bien sea por AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., por OXICOL o por CRYOGAS, presenta las mismas características físico - químicas. Este es uno de los factores que permite que las tres empresas operen entre sus plantas de producción el procedimiento de intercambio de gases conocido como "intercambios de producto o SWAP"<sup>59</sup>.

Las anteriores características especiales son consideradas como propias de aquellos mercados propensos a la aparición de carteles. Al respecto, el informe de la OCDE<sup>60</sup> "hard core cartels" del año 2003 reitera lo anterior al expresar que: (...) si bien, no puede afirmarse que existe un perfil de mercado que sea más propenso a "cartelizarse", sí se observan algunas características comunes en la mayoría de los cárteles como las siguientes:

- producto homogéneo.
- alta concentración de empresas en el mercado.
- existencia de asociaciones que procuran a los interesados la oportunidad de transferirse información, reunirse y realizar acuerdos."<sup>61</sup>

A su vez Richard Posner<sup>62</sup>, considera la existencia de prácticas cooperativas entre las empresas como elemento facilitador de conductas anticompetitivas. Esto se presenta

<sup>59</sup> Folio 9 del cuaderno No. 8 respuesta a la pregunta No. cinco en el testimonio del señor Guillermo León Hoyos Gerente de CRYOGAS S.A.

<sup>60</sup> Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

<sup>61</sup> Ver además el documento denominado: "Economics of Tacit Collusion" Marc Ivaldi, Bruno Jullien, Patrick Rey, Paul Seabright, Jean Tirole IDEI, Toulouse (March 2003). Final Report for DG Competition, European Commission.

<sup>62</sup> POSNER, RICHARD, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001. Segunda Edición citado en Guevara Inciarte Gustavo "El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en



Radicación No. 04047600

cuando los competidores colaboran unos con otros en diversas actividades que incluso pueden no estar prohibidas por las leyes de competencia, por ejemplo la realización de acciones conjuntas de cabildeo o la existencia de algún tipo de integración entre ellas, situaciones que al proporcionar contactos entre las compañías favorecen la realización de acuerdos contrarios a la libre competencia<sup>63</sup>.

En la presente investigación a las empresas fabricantes de gases medicinales, se demostró la presencia de los factores mencionados, como se señala a continuación:

**g.4. Operaciones de SWAP como escenario facilitador de prácticas cooperativas entre las empresas**

La presencia de estas prácticas se encuentra demostrada en el expediente a través de las operaciones de intercambio de productos llamadas operaciones SWAP que las compañías investigadas realizan entre ellas. Tanto es así que en documento titulado "RESUMEN"<sup>64</sup> se dice en relación con los SWAPs:

*"La sociedad OXIGENOS DE COLOMBIA firmó en el mes de abril de 2005 tres contratos de intercambio de productos con sus competidores, así: un contrato de intercambio de oxígeno líquido, nitrógeno líquido y argón líquido con la sociedad AGA FANO (con duración de tres años contados desde el 1º de Julio de 2004 y renovable automáticamente por periodos de un año), un contrato de iguales características con la sociedad CRYOGAS (con vigencia de dos años contados a partir del primero de enero de 2005 y renovable automáticamente por periodos de un año) y un contrato de intercambio de dióxido de carbono con la sociedad AGA FANO (con una duración de un año contado a partir del primero de julio de 2004 y prorrogable automáticamente por periodos de un año). Copias auténticas de todos estos reposan en la Superintendencia de Industria y Comercio.*

*La finalidad de estos contratos es la búsqueda de una manera más adecuada, segura y menos costosa de atender el mercado de gases a nivel nacional, teniendo en cuenta que dentro de los factores que influyen en el costo se encuentra el transporte (compuesto por el flete, los seguros, la vigilancia y demás medidas de seguridad que se han de adoptar para garantizar el desplazamiento seguro de los vehículos entre las diferentes ciudades). Así las cosas, evitando el transporte de los productos en largas distancias se garantiza la seguridad de su provisión en aquellos lugares en los que algunas de las partes no cuentan con plantas de operación.*

*Por esta razón, los intercambios se encuentran limitados a aquellos lugares en los que una de las partes no cuenta con planta de tal manera que se evite el transporte intermunicipal de los productos, y se efectúe la distribución de manera más segura, confiable y eficiente. Los lugares en los que se lleva a cabo el intercambio de producto son: i) Para dióxido de carbono, la ciudades de Bogotá por parte de AGA*

Venezuela (1992-2006): Problemas teóricos y prácticos" Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, 191-243, enero-diciembre 2008.

[http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_colecc/documents/4Guevara.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/4Guevara.pdf)

<sup>63</sup> Guevara Inciarte Gustavo "El tratamiento de las prácticas y comportamientos colusorios en Venezuela (1992-2006): Problemas teóricos y prácticos." Revista Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 4 N° 4, 191-243, enero-diciembre 2008.

[http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C\\_Juridicas/pub\\_colecc/documents/4Guevara.pdf](http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_colecc/documents/4Guevara.pdf)

<sup>64</sup> Encontrado en el computador de Ana Rozo funcionaria de OXICOL en el curso de la visita administrativa realizada a dicha empresa el 24 de noviembre de 2006.

004

Radicación No. 04047600

*FANO y la de Cali por parte de OXICOL, ii) Para los productos oxígeno líquido, nitrógeno líquido y argón líquido, OXICOL pone a disposición su producción en Cali, mientras que AGA FANO intercambia los productos de su planta de Tocancipá y CRYOGAS los de su planta de su planta de Sibaté”.*

Adicionalmente en el computador de Ana Roza, funcionaria de OXICOL, se encontró un documento titulado “Negociación 12 de diciembre de 2005” que da cuenta de una reunión entre el Gerente de OXICOL y el Gerente de Operaciones de AGA FANO hoy Linde Colombia S.A. para revisar los precios de excedente del producto.

Igualmente, el Gerente de CRYOGAS en su testimonio<sup>65</sup> manifestó al respecto:

*“Yo he liderado los intercambios de producto o SWAP, en las plantas de ellos y nosotros. Nosotros tenemos un acuerdo de SWAP con oxígenos de Colombia en la cual le entregamos producto en Bogotá y ellos nos entregan productos en Cali, en gases de aire, y también tenemos un acuerdo de intercambio de CO2 con AGAFANO en donde ellos nos entregan en Bogotá y nosotros les entregamos en Barbosa, y también se les hacen ventas de excedentes cuando hay necesidades en el mercado, cualquier excedente en el SWAP de una planta a otra se vende o por daños en las plantas o por situaciones coyunturales”.*

Parte de estas formas de comunicación entre las Empresas Investigadas es también la presentación dirigida a las tres compañías que hizo Burson-Marsteller.

#### **5.4.2. Evidencia de la práctica concertada**

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define los acuerdos como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. En consecuencia, los acuerdos contrarios a la libre competencia pueden presentarse como: (a) convenios o acuerdos restrictivos de la competencia, (b) prácticas concertadas y (c) prácticas conscientemente paralelas.

Tal como lo señaló esta Superintendencia en la Resolución No. 6839 de 2010:

- a. *“Los convenios o acuerdos restrictivos de la competencia son aquellos por medio de los cuales los competidores acuerdan de manera explícita coordinar sus actividades con el propósito de eliminar los riesgos propios de la libre competencia.*
- b. *Las prácticas concertadas son aquellos comportamientos entre competidores que no tienen otra explicación desde la racionalidad económica que la existencia de alguna forma de coordinación o cooperación práctica entre ellas<sup>66</sup>. Al igual que los convenios o acuerdos restrictivos, las prácticas concertadas modifican las condiciones de mercado de tal manera que no correspondan a las condiciones normales de competencia que resultarían de la naturaleza de los productos, el número de las empresas, el volumen y las características del intercambio<sup>67</sup>.*

<sup>65</sup> Testimonio del señor Guillermo León Hoyos –Gerente de la sociedad Gases Industriales de Colombia S.A. –CRYOGAS Folios 8 a 13 cuaderno No. 8 del expediente.

<sup>66</sup> Bello Martín – Crespo, María del Pilar et.al. *Derecho de la Libre Competencia comunitario y Español*. Editorial Thompson Aranzadi, Primera edición, Pgs. 87-88.

<sup>67</sup> Cfr. Laila Birbaud. *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*. Bibliothèque de Droit de L'entreprise. Fédération Nationale pour le Droit de L'entreprise, p.175.

Radicación No. 04047600

- c. *Por su parte, la práctica conscientemente paralela es aquella en la que 'los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman'*<sup>68</sup>.

Ahora bien, el artículo 47 del Decreto 2153 contiene una lista de cuáles acuerdos son considerados contrarios a la libre competencia, entre los que se destacan, a efectos de la presente investigación, los mencionados en los numerales 1 y 5 que se transcriben a continuación:

*"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

- 10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización'*<sup>69</sup>.

La práctica anticompetitiva encaminada a impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización se observa a partir de la similitud en las actividades encaminadas a obstruir la entrada al mercado de competidores. Esta semejanza en la actuación de las empresas, orientada a impedir la entrada o expansión de sus competidores al mercado, puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida que los participantes en un determinado mercado, actúan en forma coordinada, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre variables cuyo desarrollo en condiciones de competencia debe corresponder a estrategias individuales de quienes lo integran.

Una vez identificada la sincronía en el patrón de comportamiento, la prueba de la existencia de una concertación con fines anticompetitivos debe resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto del mercado en cuestión, como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo.

Como lo ha señalado esta Superintendencia, *"Es racional que un empresario busque satisfacer sus propósitos empresariales cuando invierte sus recursos en procesos productivos o comerciales, pero su actividad empresarial debe desarrollarse de manera independiente y en un marco de respeto y acatamiento de las normas de libre competencia"*<sup>70</sup>.

Desde esta perspectiva los elementos probatorios arriba mencionados, permitieron concluir la existencia de conductas contrarias a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 entre las empresas AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL, al ser articulados y apreciados en conjunto con las características únicas del mercado<sup>71</sup> y las

<sup>68</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51694 de 4 de diciembre de 2008.

<sup>69</sup> Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.

<sup>70</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Resoluciones No. 051694 de 2008 y 04946 de 2009.

<sup>71</sup> Existen pocas firmas, estas son semejantes y el producto es homogéneo.

001

Radicación No. 04047600

demás pruebas obrantes en el expediente, que evidencian la existencia de contactos entre las tres empresas investigadas que facilitarían la coordinación de su comportamiento, especialmente respecto a:

- (i) campañas para desestimular la adquisición de plantas PSA's.
- (ii) la estrategia Burson-Marsteller;
- (iii) inclusión de cláusulas de exclusividad, de reciprocidad y anexos de exoneración de responsabilidad en los contratos de suministro de gases;
- (iv) disuasión a posibles clientes de las PSA a través de precios inferiores;
- (v) desmonte de plantas PSA ante presiones u ofrecimiento de dádivas de las grandes empresas fabricantes de gases.

Debe adicionarse que los medios de prueba utilizados en el presente caso, han sido reconocidos a nivel internacional como idóneos en aquellas situaciones en que la autoridad de competencia se encuentra frente a la existencia de una posible cartelización en donde es obvio que una prueba escrita y/o directa es de difícil por no decir imposible, consecución.

Sobre este aspecto, la OECD señala, en el documento arriba citado, que quienes participan en un cartel conocen que su conducta es ilegal por lo que operan en secreto, siendo este tipo de conductas únicas dentro de las diferentes infracciones al régimen de protección de la competencia, y por lo tanto, igualmente únicos deben ser los métodos para combatirlas.<sup>72</sup> Se mencionan en el documento los siguientes medios probatorios: (i) aplicación de programas de clemencia para obtención de información directa de la realización de la conducta; (ii) la realización de visitas sorpresa en las instalaciones de las empresas; (iii) obtención de información de tipo electrónico; (iv) testimonios.

Con lo anterior, es claro que la demostración de un cartel puede soportarse en pruebas que, como en el presente caso, a pesar de no mostrar de manera directa y única la

<sup>72</sup> "As noted above, cartel operators know that their conduct is unlawful and they operate their conspiracies in secret. In some cases they devise elaborate schemes for concealing their arrangements. When competition authorities do learn of a possible cartel and begin an investigation the conspirators do not willingly co-operate with it. Thus, cartels are unique among the various types of anticompetitive conduct, and unique investigative methods are required to combat them. Competition authorities have developed tools that are proving to be effective in this effort. The past few years have seen significant progress in this regard, but as in all areas in the fight against cartels, more remains to be done." Fighting Hard Core Cartels: Recent Progress and Challenges ahead 2003.

Traducción libre. Tal como se mencionó anteriormente, las empresas que hacen parte de un cartel, saben que su conducta es contraria a la Ley y conspiran de manera secreta. En algunos casos, desarrollan esquemas bien elaborados con el fin de ocultar sus acuerdos. Cuando las autoridades de competencia tienen conocimiento de un posible cartel y empiezan una investigación, las empresas involucradas no cooperan de muy buen agrado con la misma. Son, entonces, los carteles únicos entre los diferentes tipos de conductas anticompetitivas, por lo que se requiere de métodos igualmente únicos de investigación para combatirlos. Las autoridades de competencia han desarrollado herramientas que están demostrando ser efectivas en este esfuerzo. En los últimos años, se han observado progresos significativos respecto al tema, pero como ocurre en todas las áreas, en la lucha en contra de los carteles, queda mucho por hacer.

Radicación No. 04047600

conducta acusada, analizadas de manera integral, pueden evidenciar la existencia de una práctica concertada.

### **5.5. La supuesta diferencia entre los hechos relacionados en la Resolución de Apertura de Investigación y en el Informe Motivado**

En los comentarios al Informe Motivado el apoderado de OXICOL, frente a algunos de los hechos narrados, manifestó:

*"[...] si al finalizar la etapa de investigación, el Superintendente Delegado rinde su concepto respecto de hechos distintos de los que se incluyeron en la apertura de la investigación, los investigados jamás habrán tenido oportunidad de solicitar o aportar pruebas a esos nuevos aspectos y no habrán ejercido su derecho de defensa en lo correspondiente, tal como sucedió en el presente caso."*

Por su parte el apoderado de AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., abordando el mismo tema de los hechos relacionados en la Resolución de apertura de investigación y en el Informe Motivado, alegó:

*"[...] Al margen de que las imputaciones del Despacho del Delegado nunca fueron probadas, el hecho de que el soporte fáctico que motivó la apertura de la investigación sea diametralmente diferente del que motiva la recomendación de sancionar a AGA FANO, constituye en sí mismo, una violación de los derechos fundamentales que le asisten a mis poderdantes, así como también de los principios básicos que rigen el derecho administrativo sancionatorio."*

Para atender estas inquietudes, se hará primero referencia al procedimiento administrativo en los casos de prácticas restrictivas de la competencia y luego a la pretendida incongruencia de los hechos relacionados en la Resolución de apertura de investigación y en el Informe Motivado.

#### **5.5.1. El procedimiento administrativo frente a las prácticas restrictivas de la competencia**

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 dispone lo relativo al procedimiento administrativo que debe seguirse en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado, *"la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa"*<sup>73</sup>. Por lo tanto, la apertura que sigue a la averiguación preliminar, sólo puede indicar la conducta o conductas por las cuales se investigará a unas empresas y/o personas a la luz de los hechos conocidos por la Superintendencia hasta ese momento.

La norma ordena también que el acto de apertura se notifique al investigado para que éste pueda solicitar o aportar pruebas y controvertir las que obren en su contra, con lo

<sup>73</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA Bogotá, D. C., veintitrés (23) de enero del dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

MOA

Radicación No. 04047600

cual se garantiza el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Adicionalmente, el artículo 52 antes mencionado faculta al funcionario competente para decretar las pruebas que considere pertinentes para establecer si se han infringido las normas de protección de la competencia, por el contrario, la etapa de investigación es abierta para esclarecer la totalidad de los hechos relevantes y obtener los elementos probatorios necesarios, todo esto, bajo el marco de la imputación realizada.

Así, lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben practicarse en el curso de la investigación es el cargo o cargos sobre conductas restrictivas de la competencia a que se refiere la apertura de la misma, que en el presente caso corresponde a la posible existencia de un acuerdo entre las investigadas encaminado a restringir el acceso de terceros al mercado.

Las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las razones que motivaron la apertura, pero también pueden evidenciar hechos nuevos que están relacionados con las presuntas normas violadas según la apertura de investigación y concretos que formen parte de la conducta relacionada con los cargos formulados.

Por su parte, el cargo que contiene el acto de apertura de una investigación, se refiere a la afirmación que hace la Superintendencia en el sentido de que unas empresas y/o personas presuntamente han incurrido en la conducta calificada por la ley como restrictiva de la competencia.

La investigación se abre precisamente para determinar si aquellos a quienes se dirige esa afirmación incurrieron o no en esa conducta. Ese es el contenido de la Resolución No. 11972 del 25 de mayo de 2005 por la cual se abrió la investigación contra AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL y sus representantes legales, para determinar mediante las pruebas solicitadas, aportadas y decretadas, si ellos actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Adicionalmente, según el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, instruida la investigación se presenta un Informe Motivado donde debe indicarse si en concepto del Superintendente Delegado "ha habido una infracción", del cual debe darse traslado al investigado para presentar sus explicaciones y opiniones.

En consecuencia, no sólo en el momento en el que se conoce la recomendación sino durante el acopio de la totalidad de la evidencia a lo largo de la investigación, está garantizada la posibilidad de los investigados de pronunciarse en ejercicio de su derecho de defensa. Téngase en cuenta que durante todo ese periodo pueden intervenir en audiencias públicas de testimonio, participar en la práctica de pruebas que así lo requieran, presentar escritos de solicitud de nulidades, y además tienen acceso permanente a todos los documentos que se van agregando al expediente.

A la luz de lo anterior se analizará la pretendida incongruencia planteada por los apoderados de las investigadas.

BCA

Radicación No. 04047600

La Resolución No. 11972 del 25 de mayo de 2005 ordenó una investigación para establecer si determinadas empresas y personas actuaron en contravención de lo normado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. A su vez, el Informe Motivado concluyó que en la investigación realizada se evidenciaron los elementos constitutivos de la conducta, es decir la realización de un acuerdo, en la modalidad de práctica concertada, desarrollada por las empresas fabricantes y distribuidoras de oxígeno medicinal, tendiente a obstruir o impedir la entrada o participación de otros agentes en los mercados, conducta a la que expresamente se refirió la Resolución de apertura.

En consecuencia, no existe incongruencia entre los cargos formulados en la apertura de la investigación y los cargos contenidos en el Informe Motivado, pues en la primera la instrucción busca establecer *"la posible existencia de un acuerdo entre éstos encaminado a restringir el acceso de terceros al mercado, en este caso, a las empresas dedicadas a la instalación de plantas de producción de oxígeno in-situ y a limitar el abastecimiento de un insumo productivo como es el oxígeno"*, y en el segundo se refiere a *"la realización de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concertada, desarrollada por las empresas fabricantes y distribuidoras de oxígeno medicinal, tendiente a obstruir o impedir la entrada o participación de otros agentes a los mercados o a los canales de comercialización"*.

#### **5.5.2. La presunta diferencia entre los hechos señalados en la apertura de investigación y en el informe motivado**

En el presente caso los investigados argumentaron que durante la investigación se encontraron hechos nuevos, adicionales a los citados en la apertura de la investigación, para respaldar las conclusiones sobre las dos conductas por las que el Superintendente Delegado recomendó sancionar, con lo cual se vulnera su derecho a la defensa.

El apoderado de OXICOL manifiesta que *"los hechos que se trataron en la Resolución 11972 de 2005 y aquellos respecto de los cuales, se da ahora el informe motivado son completamente diferentes"* por lo cual *"[l]a expedición de la resolución 11972 de 2005 es ilegal y, de contera, al ser violatoria de las disposiciones que adelante se señalan, contraría los derechos fundamentales y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. [...]*.

Se resalta que en el trámite radicado con el No. 04047600, cumplida la etapa de averiguación preliminar y habiendo tenido como soporte probatorio documentos y algunos testimonios rendidos por el quejoso y por funcionarios de entidades hospitalarias, se contó con indicios que prestaban mérito para abrir una investigación que permitiera determinar, como en efecto ocurrió, la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 numeral 1o del Decreto 2153 de 1992 respecto de acuerdos contrarios a la libre competencia en especial aquellos *"que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados"*.

En la Resolución de apertura de investigación se manifestó que las tres Empresas fabricantes de gases medicinales estarían implementando mecanismos tales como la amenaza de suspender el suministro de oxígeno a clínicas y hospitales, la negativa a la venta de oxígenos en balas o cilindros, u oposición al funcionamiento de la planta

BCA

Radicación No. 04047600

por el sistema PSA con el argumento de no estar acreditados por el Invima, ni producir el oxígeno en las concentraciones mínimas para garantizar la vida del paciente. Esos aspectos permitieron inferir la existencia de un acuerdo entre AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL: *"encaminado a restringir el acceso de terceros al mercado, en este caso, a las empresas dedicadas a la instalación de plantas de producción de oxígeno in-situ."*

Partiendo de los cargos imputados inicialmente - acuerdos para impedir el acceso de terceros al mercado del oxígeno e infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 – se abordó la etapa de investigación, en virtud de la cual se decretaron y recaudaron múltiples pruebas -aproximadamente treinta y cinco testimonios, visitas administrativas a las instalaciones de cada una de las tres Empresas Investigadas, visita administrativa por parte de un perito técnico bioquímico a la planta de producción de oxígenos de la sociedad Oxígenos de Colombia, ubicada en el municipio de Yumbo (Valle); visitas a entidades hospitalarias de la ciudad de Bogotá en las cuales se encontraron instaladas y en funcionamiento grandes plantas de producción de oxígeno a través del sistema de tamiz molecular o PSA. Las pruebas recaudadas, así como su análisis, articulación y evaluación conjunta, permitieron concluir que las tres empresas vinculadas a la investigación habían adoptado conductas contrarias al régimen de la libre competencia.

Si bien en la investigación realizada se recaudaron pruebas sobre hechos adicionales a los mencionados en la apertura, debe tenerse en cuenta que al conocimiento de los mismos sólo fue posible arribar en virtud de la labor de indagación desplegada por la Autoridad de Competencia durante la etapa de instrucción. Cabe anotar que las tres empresas investigadas negaron de manera reiterada haber adoptado conducta alguna relacionada con el levantamiento de barreras frente a la entrada de nuevos competidores, así como haber desacreditado las características de la tecnología de producción de oxígeno a través de PSA.

Al conocimiento de los presuntos hechos nuevos se llegó con ocasión de pruebas legalmente decretadas que no sólo fueron pertinentes pues se referían a hechos relacionados con los cargos señalados en la Resolución de apertura, sino que fueron susceptibles de controversia por parte de los investigados.

Lo expuesto anteriormente no desdibuja la conducta objeto de reproche, la cual se mantuvo y aún se mantiene en la modalidad de acuerdo para obstruir la entrada de nuevos competidores al mercado analizado.

Como antes se examinó, conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de la competencia: (i) las pruebas de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la Resolución de apertura y (ii) se garantiza el derecho de defensa dando a los investigados oportunidad para pedir y aportar pruebas y rendir explicaciones contra los cargos contenidos en la apertura y contra las pruebas que se alleguen en su contra, al igual que permitiéndoles presentar argumentos contra el Informe Motivado, es decir, antes de que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa.



Radicación No. 04047600

Esas oportunidades se garantizaron en el presente caso, pues los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y plantear los argumentos que consideraran pertinentes en la medida en que la evidencia se iba incorporando al expediente y no solo con ocasión del traslado del Informe Motivado.

Entonces los "hechos nuevos", como los califican los apoderados de las Empresas Investigadas, forman parte de una misma estrategia adoptada por las investigadas y llevada a cabo por diversos medios, en desarrollo de conductas ligadas por la finalidad común de obstruir la entrada al mercado de las empresas de tecnología PSA, y relacionadas con los cargos señalados en la Resolución de apertura. Además los investigados tuvieron la oportunidad de conocerlos y controvertirlos durante toda la etapa de investigación.

#### **5.6. La presunta violación al debido proceso y el derecho de defensa alegado por las investigadas**

Incluye el apoderado de la sociedad AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A. dentro de las críticas a la labor desplegada por esta Entidad, una supuesta violación al debido proceso y al derecho de defensa, reflejada, en su opinión, en que *"las imputaciones del Despacho del Delegado nunca fueron probadas, el hecho de que el soporte fáctico que motivó la apertura de la investigación sea diametralmente diferente del que motiva la recomendación de sancionar a AGA FANO, constituye en sí mismo, una violación de los derechos fundamentales que le asisten a mis poderdantes, así como también de los principios básicos que rigen el derecho administrativo sancionatorio"*, y en que a sus poderdantes *"no se les dio la oportunidad de controvertir y de pedir pruebas en relación con los nuevos hechos e imputaciones consignados en el Informe Motivado"*.

Considerando que la finalidad de la averiguación preliminar es permitir a la Superintendencia establecer si hay lugar o no para la apertura de una investigación administrativa, son los hechos conocidos a través de ese mecanismo los que permiten a esta Entidad determinar si hay necesidad o no de realizar una investigación, para establecer en ella si las personas jurídicas y/o naturales a quienes se decide indagar han incurrido en una práctica restrictiva de la competencia.

Dentro de ese procedimiento de investigación, la violación al derecho de defensa, se presenta cuando no se ha dado al investigado la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a los hechos que se le imputan, y para solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de controvertir los cargos formulados y desvirtuar las pruebas que obren en su contra.

Conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de la competencia, si bien las pruebas de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la Resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que confirme o desvirtúe dichos cargos no vulnera el derecho de defensa, pues tanto la información recogida por esta entidad durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas una vez dictada la Resolución de apertura de la investigación, estuvieron a disposición de las investigadas y contra ellas pudieron ejercer su derecho de defensa presentando las pruebas y explicaciones que controvertieran la

Radicación No. 04047600

evidencia recaudada, defensa que podían ejercer incluso a medida que las pruebas se incorporaban al expediente.

El derecho de defensa se garantiza también con el traslado que se da a las investigadas del informe motivado, oportunidad en la que éstas pueden exponer los argumentos que desvirtúen lo allí consignado.

Esas oportunidades se garantizaron en el caso objeto de estudio, pues los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obraba en el expediente y la que se iba incorporando al mismo como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado. Prueba de ello, es que todas y cada una de las Empresas Investigadas, a través de sus apoderados recorrieron el traslado que se les hizo tanto de la Resolución de apertura de investigación, como del Informe Motivado. Por otra parte, y de ello hay constancia en cada una de las actas de las audiencias de recepción de testimonios, se ofreció la oportunidad a los apoderados para formular las preguntas que a bien tuvieran a todas las personas llamadas a rendir declaración.

Por lo expuesto, la violación al debido proceso y al derecho de defensa alegada por las investigadas resulta infundada, en la medida que se acredita con las pruebas del expediente que la actuación fue adelantada conforme al procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 para este tipo de infracciones, brindando a los investigados todas las garantías constitucionales y legales.

**5.7. La manifestación de que la Delegatura incurrió en Desviación de poder por falsa motivación**

Manifiesta el apoderado de CRYOGAS en sus alegatos que se habría incurrido en desviación de poder "[...] *al tergiversar diferentes medios probatorios para dar por demostrado, sin estarlo, un acuerdo entre las empresas tendiente a impedir el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*", y menciona los diferentes hechos a los que, a su juicio, se dio una interpretación errónea.

Señala igualmente que "*se incurre en una falsa motivación y por ende en una clara desviación de poder cuando interpreta y aplica indebidamente las normas internacionales y nacionales, que regulan la producción, transporte y suministro de oxígeno medicinal, para después concluir que la posición asumida por las compañías investigadas entre ellas CRYOGAS frente a las PSA, es un ardid porque no existen diferencias físico-químicas y ningún tipo de incidencia clínica o riesgo al compartir redes entre los dos medicamentos*".

Sea lo primero anotar que no ha desconocido esta Entidad la existencia de normas sobre medicamentos que exigen que se esté en capacidad de establecer claramente las responsabilidades del fabricante, pues en ningún momento discutió dicha regulación. Además, la frase "*El oxígeno proveniente de plantas PSA's o plantas criogénicas tiene las mismas características físico-químicas por lo que no tiene ningún tipo de incidencia clínica al compartir sus redes*" que expone el apoderado como realizada por la Superintendencia, corresponde a una cita textual del informe rendido

BCA

Radicación No. 04047600

por la perito bióloga nombrada dentro de la investigación<sup>74</sup>, por lo cual, mal puede hablarse de una tergiversación de las pruebas.

Adicionalmente, se logró demostrar que como mecanismo de obstrucción, al menos desde el 2002, las tres empresas fabricantes de gases, AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL, habían implementado inicialmente las amenazas de suspender de la provisión de oxígeno a clínicas y hospitales que demostraban interés en las PSA's, y posteriormente habrían enfocado su esfuerzo hacia otras prácticas tales como la programación de visitas y charlas en los hospitales para desacreditar el oxígeno producido por las PSA's, la formulación de ofertas atractivas – dádivas o remodelaciones, la disminución de precios del oxígeno, así como la celebración de contratos de suministro con cláusulas de exclusividad a largo plazo.

Los documentos hallados en los computadores de funcionarios de AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL, entre otros medios de prueba, permitieron evidenciar que las actividades que se estaban llevando a cabo por las tres Empresas Investigadas no correspondían a simples estrategias de mercado o a directrices empresariales individuales sino a actuaciones concertadas que coincidieron tanto en el tiempo y como en las tácticas aplicadas, al igual que en la finalidad común de obstruir la entrada de las PSA al mercado.

Por otra parte, la evidencia que obra en el expediente muestra que las investigadas han desarrollado varias conductas para obstruir la entrada de las empresas de tecnología PSA. Además, durante la etapa probatoria no se aportaron pruebas que controvirtieran las allegadas al proceso, máxime considerando que todas ellas se encontraban en el expediente y estuvieron a disposición de las investigadas desde el momento en que la Resolución de apertura de la investigación les fue debidamente notificada.

#### **5.8. Sobre la supuesta parcialidad de la Superintendencia en la valoración de las pruebas**

Manifiesta el apoderado de CRYOGAS que la Delegatura de Protección de la Competencia realizó de manera equivocada la valoración de algunas pruebas recaudadas a la empresa, en los siguientes términos:

*"(...) el funcionario investigador presenta como coetáneos o posteriores en el tiempo y especialmente como derivados del presunto plan, el documento electrónico encontrado en el computador de Jorge Osorio, denominado informe PSA, dirigido a Juan Cuartas y Olga Botero, empleados de CRYOGAS, documento que tiene un anexo que corresponde a los argumentos técnicos sobre PSA, los cuales aparecen fechados el día 19 de agosto de 2002, el cual une a cartas de exoneración elaboradas por CRYOGAS y dirigidas a varios hospitales, las cuales aparecen fechadas todas el día 15 de agosto de 2002. (...) y por último lo une con el boletín Cryocliente, fechado el 24 de mayo de 2002, pero nada más alejado de la realidad, por cuanto la fecha de elaboración del documento encontrado en el computador de Diana Elizabeth Ríos, es del día 22 de enero de 2004, es decir que este documento fue elaborado casi dos años después de las fechas de los documentos*

<sup>74</sup> Dictamen pericial rendido por la Master bioquímica, Gloria Matallana Rodríguez, que reposa en el expediente. Cuaderno 7 folios 162 a 263.

Radicación No. 04047600

*elaborados por CRYOGAS, por lo cual mal pueda concluirse por el funcionario investigador que la empresa CRYOGAS conjunta y mancomunadamente diseñó con AGA FANO y OXICOL, una estrategia a partir del 22 de enero de 2004, la cual derivó por parte de CRYOGAS a la expedición de los documentos emitidos en el año 2002, semejante impostura y falta de imparcialidad no había llegado a observarla en una autoridad administrativa o judicial."*

Para desvirtuar lo alegado se advierte que las circunstancias que pretende imputar al documento electrónico al que se refiere el apoderado "como encontrado en el computador de Jorge Osorio" no corresponden a la verdad por los siguientes factores:

5.8.1. Al funcionario Jorge Osorio no se le revisó el correo. Los computadores que se revisaron fueron plenamente identificados con nombre y extensión de archivos en el Acta correspondiente a la visita realizada a las instalaciones de CRYOGAS en la ciudad de Medellín, el 19 y 20 de abril de 2009. En dicha acta no aparece el nombre de Jorge Osorio.

5.8.2. El correo supuestamente encontrado en el computador de Jorge Osorio es un documento impreso, que se halló en los archivos de la empresa. En la medida que era un correo impreso en el que aparecía como fecha de envío el 10 de agosto de 2002, el Despacho no lo tuvo en cuenta como prueba ni lo incluyó como referencia de las conductas en el informe motivado.

5.8.3. Los documentos denominados Plan de Acción contra las PSA – Esquema de reunión con clientes, y Análisis de beneficios del suministro criogénico vs. plantas PSA, a que se refiere el apoderado como adjuntos al citado correo no lo son. Fueron hallados en carpetas de archivo físico en la empresa, y como se corrobora con las copias que reposan en el expediente, son documentos sin fecha<sup>75</sup> a los cuales se les aplica el artículo 280 del C.P.C.

**5.9. Las observaciones de OXICOL frente al documento elaborado por Praxair – White Martins y hallado en los computadores de esa empresa y sobre la presentación Burson Marsteller**

Frente al hallazgo del documento denominado "Plano de Acao PSA", Praxair Business Confidential, (traducido por perito para la investigación) el apoderado de la sociedad OXICOL alega que:

*"El documento en el cual aparecen las fases que se citan como prueba del acuerdo no fueron escritas por ningún representante legal de OXICOL. El documento es una copia, no suscrita por ninguna persona y al parecer fue elaborado por un grupo encargado de la elaboración del Plano de Acción PSA, en idioma portugués con fecha 2002. (...) Esto no tiene ninguna relevancia con el presente caso."*

Si bien es cierto que el documento referido no relaciona de manera directa a los funcionarios de OXICOL, el mismo muestra la relación de la empresa sobre las actividades de la compañía colombiana. Situación que encuentra soporte en los siguientes aspectos:

<sup>75</sup> Folios 71 a 73 del cuaderno No. 8 – Visita administrativa a las instalaciones de CRYOGAS en Medellín.

2004

Radicación No. 04047600

Interrogatorio de César Franco Rivera – Gerente de OXICOL.

*Pregunta 4: Dentro de la organización de OXÍGENOS DE COLOMBIA, Doctor Franco, en qué nivel está ubicado su cargo? Respuesta: "OK, a nivel Colombia yo soy, soy nivel uno, o sea, soy el Gerente general y Representante legal a la vez de la organización, no tengo un jefe aquí en Colombia, yo soy digamos la banda más alta, y ya a nivel internacional le reporto al director, el Director ejecutivo de países hispanos del norte con base en Brasil, él es mi jefe inmediato y es a quien le reporto."*

Adicionalmente, el mismo apoderado acepta que ante la aparición de las PSA's en casi todo el mundo, *"la casa matriz de OXICOL tenía estrategias para hacerle frente a la amenaza comercial"*.

Frente a la presentación de Burson Marsteller señala el apoderado que la mención de OXICOL en la misma fue producto del azar y que se atribuye a su poderdante la ejecución de la estrategia planteada por el consultor con base en hechos anteriores a la misma.

Contrario a lo que afirma el apoderado de OXICOL no se está atribuyendo a dicha empresa la realización de conductas en el 2002 basadas en las estrategias de 2004, pues lo que se advierte en el expediente es que las conductas anticompetitivas reprochadas se realizaron al menos desde 2002 como lo señala el informe motivado y tanto la presentación de Burson Marrsteller como las actuaciones realizadas con posterioridad a la misma son parte de la misma estrategia, que se llevó a cabo en forma coordinada con las demás investigadas para obstruir la entrada de empresas con tecnología PSA al mercado.

Adicionalmente, las circunstancias establecidas en la presente Resolución permiten demostrar el vínculo entre las conductas desarrolladas por la empresa y las actividades contempladas en mayor o menor grado de detalle en la estrategia señalada por el consultor Burson-Marsteller como se observa en el Plan de Acción hallado en el computador de la Dra. Sandra Quintero (Gerente de la División Medicinal Institucional de OXICOL) y en las actuaciones llevadas a la práctica por diferentes funcionarios de esta empresa.

Queda entonces sin asidero el argumento según el cual, la circunstancia de haber mencionado a Oxígenos de Colombia en la Estrategia de Burson – Marsteller, habría sido apenas producto del azar o de la decisión inconsulta adoptada por la representante Legal y Gerente de la División Medicinal de AGA FANO hoy Linde Colombia S.A.

Por otra parte, debe reiterarse que la investigación no sólo se centra en el documento que contenía la estrategia en contra de las empresas oferentes de la tecnología PSA, sino en la implementación de la misma a través de las acciones que, en el caso de OXICOL, están probadas dentro del expediente.

#### **5.10. La alegada caducidad de las facultades de la SIC**

OXI

Radicación No. 04047600

Se encuentra como argumento común esgrimido por las tres Empresas Investigadas, que a la fecha de expedición del informe motivado habían transcurrido más de 3 años desde la supuesta ocurrencia de los hechos que motivaron la presente actuación, por lo cual la potestad sancionatoria de la Superintendencia habría caducado.

#### **5.10.1. Referencia a las solicitudes de nulidad alegando como causal la nulidad**

A continuación se presenta referencia a los oficios por los cuales, en múltiples oportunidades, se solicitó decretar la caducidad de la potestad sancionatoria de esta Superintendencia:

- i) Oficio del 7 de noviembre de 2007, radicado por el apoderado de la sociedad **Aga Fano S.A.** bajo el número 04047600 - 00221, por el cual solicitó que se decrete la caducidad dentro de la investigación.

#### **El oficio manifestaba:**

*"(...) En cuanto a la caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC*

*De conformidad con las disposiciones del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas caduca a los tres (3) años de producido el acto que hubiera podido generar la sanción.*

*En efecto, dispone el mencionado artículo lo siguiente: (...)*

*En este orden de ideas, a efectos de determinar si las disposiciones del citado artículo son aplicables al caso que nos ocupa, como primera medida debe establecerse si en materia de las investigaciones administrativas que adelanta la SIC por prácticas restrictivas de la competencia, existe alguna norma especial en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria de esa Entidad.*

*En cuanto a los hechos investigados en la actuación administrativa.- Si bien la resolución de apertura no precisa cuál es el periodo de tiempo investigado, basta observar el sustento fáctico del acto administrativo y los elementos de juicio en que se basó el despacho del Delegado para iniciar la investigación para concluir que los hechos presuntamente violatorios de las normas de competencia que se le imputan a mi poderdante, habrían ocurrido hace más de tres años (...)*

*La Delegatura se basó en los siguientes elementos de juicio:*

- a. *La denuncia presentada por el representante de la Clínica Pediátrica Laura Alejandra.*
- b. *La declaraciones de las siguientes personas: Juan Eugenio Rodríguez, de la Clínica Pediátrica Laura Alejandra.*
- c. *Declaración de Sucre Benigno Ayora, Subdirector del Hospital Santa Clara*
- d. *Declaración de Alexandra Mosquera, Subgerente Administrativa del Hospital San Blas de Bogotá.*
- e. *Una acción de tutela interpuesta por el Hospital Santa Clara de Colombia en contra de CRYOGAS. (...)*

2007

Radicación No. 04047600

*En consecuencia, al margen de que los hechos fueran ciertos o no y de si pueden calificarse como anticompetitivos, lo cierto es que los mismos habrían ocurrido hace más de tres años y por consiguiente, a la fecha ya habría caducado la facultad de la SIC para sancionarlos.*

*Con base en los argumentos planteados anteriormente, solicito a esa Entidad que declare la caducidad de su potestad sancionatoria respecto de los hechos investigados, y que como consecuencia de lo anterior, clausure la investigación y archive el expediente sin que se imponga sanción alguna (...)*

#### **Oficio respuesta de la SIC**

Mediante oficio de 29 de noviembre de 2007, radicado con el No. 04 047600, el Superintendente de Industria y Comercio contestó el oficio de solicitud de nulidad y textualmente informó:

*"De conformidad con lo ordenado por el numeral 3 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la instrucción de la investigación es función especial del Superintendente Delegado para la promoción de la Competencia.*

*La investigación abierta mediante Resolución No. 11972 del 25 de mayo de 2005, dentro de la cual usted pide decretar la caducidad, aún se encuentra en etapa de instrucción. Únicamente cuando se conozca el resultado de la investigación a través del informe motivado, será posible contar con elementos de juicio para establecer si operó la caducidad frente a la conducta que se investiga.*

*Por lo anterior, la solicitud de caducidad formulada por usted solo podrá ser resuelta cuando se expida la resolución final dentro de tal actuación administrativa. (...)"*

- ii) Oficio del 14 de diciembre de 2007, radicado por el apoderado de la sociedad CRYOGAS S.A., bajo el número 04047600 - 00238, por el cual adhirió a la petición de caducidad de la acción administrativa formulada por el apoderado de Aga Fano.

#### **La solicitud manifestaba:**

*"Me permito adherir a la petición de caducidad de la acción administrativa disciplinaria de la Superintendencia, por haber transcurrido más de tres años de la presunta ocurrencia de los hechos, petición que fuera formulada el 7 de noviembre de 2007, por el apoderado de la investigada Aga Fano S.A., agregándole a este escrito solamente que el derecho administrativo disciplinario es derecho penal complementario y consecuentemente se le aplican las normas y principios rectores de este último. (...)"*

#### **Oficio respuesta de la SIC**

Mediante oficio del 12 de diciembre de 2007, radicado con el No. 04 047600-0239, el Superintendente de Industria y Comercio, textualmente advirtió:



020

Radicación No. 04047600

*"Sobre el particular cabe señalar que de conformidad con lo ordenado por el numeral 3 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la instrucción de la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, es función especial del Superintendente Delegado para la promoción de la Competencia.*

*Para el caso concreto, la investigación contra las empresas fabricantes y comercializadoras de gases medicinales, abierta mediante Resolución No. 11972 del 25 de mayo de 2005, dentro de la cual la sociedad Gases Industriales de Colombia S.A. – Cryogas, y su representante legal, no ha concluido. En consecuencia, en este estado del procedimiento no se cuenta aún con elementos de juicio suficientes para evaluar su solicitud. (...)"*

- iii) Oficio del 13 de julio de 2009, radicado nuevamente por el apoderado de la sociedad AGA FANO S.A, bajo el número 04047600 – 00288, por el cual solicitó al Superintendente declarar la nulidad por falta de competencia consagrada en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto cabe anotar que en la medida que los argumentos esgrimidos en el este escrito eran en su mayoría similares a los consignados en la solicitud anterior, se consideró procedente atenderlos en un acápite independiente de la resolución final, tal como se había ilustrado de manera suficiente al apoderado en anterior ocasión señalada en este mismo ítem.

#### **5.10.2. Las consideraciones de la SIC en el tema de caducidad**

Respecto a los diferentes argumentos esgrimidos por las investigadas en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria, cabe observar lo siguiente:

En primer lugar, si bien es cierto que en la investigación realizada se recaudaron pruebas sobre hechos adicionales a los mencionados en la apertura, éstas se referían a hechos relacionados con los cargos inicialmente señalados en la Resolución de Apertura de la investigación, y además fueron susceptibles de controversia por parte de los investigados. Por otra parte, en las investigaciones por infracción a las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, ocurre con frecuencia que en el recaudo de pruebas, se encuentran elementos que permiten determinar que las conductas ejecutadas por los agentes investigados se extienden en el tiempo, dando lugar a lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado conductas permanentes o continuadas.

En estos casos, para que opere el fenómeno extintivo de la potestad sancionatoria del Estado, el término de los tres (3) años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo deberá contarse a partir del último acto constitutivo del comportamiento investigado y no desde su inicio, es decir que el término deberá contarse respecto de los hechos que se acrediten con las últimas o más recientes pruebas recaudadas para el expediente y no respecto de los primeros.

La caducidad de la facultad para sancionar, específicamente referida a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia adelantadas por esta Superintendencia, fue abordada por el Consejo de Estado, en sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola; que señaló:

UNA



Radicación No. 04047600

*"[...] La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado [...]"* (Negrilla fuera del texto)

En este mismo sentido se pronunció el 20 de marzo de 2003, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

*"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una **conducta continuada**, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación [...]"*<sup>76</sup>. (Negrilla fuera del texto)

De la misma forma, el 9 de diciembre de 2004 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta puntualizó:

*"Contrario a lo señalado por el Tribunal, el acto que fue sancionado no fue la suscripción de contratos para la administración de tales recursos, sino la administración en sí misma, que es su objeto y que fue la actividad desarrollada por la Administradora de pensiones, lo que implica que se trata de una **conducta permanente o continuada**, toda vez que comprende todas las actividades y operaciones para ese fin. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta y no la de su iniciación"*<sup>77</sup> (Negrilla fuera del texto)

En el presente trámite y como se ilustró con referencias probatorias puntuales para cada una de las Empresas Investigadas, la caducidad de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio no ha operado, y en consecuencia la solicitud de caducidad no resulta procedente.

En este punto se reitera que la prueba de la existencia de acuerdo o práctica concertada con fines anticompetitivos llevada a cabo por las investigadas, se acreditó no sólo con un comportamiento adoptado por los mismos sino con una cadena de comportamientos que se han extendido en el tiempo y que implica que su análisis no se realice separadamente sino en su conjunto para concluir, con certeza, que no existía ánimo de competir por parte de las mismas.

Así las cosas y con el ánimo de ilustrar en detalle la pruebas que permitieron arribar a la conclusión del acuerdo bajo la modalidad de práctica concertada en el presente trámite, así como determinar las fechas de referencia para el cómputo de la caducidad, se presenta el siguiente análisis:

<sup>76</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola Bogotá, D. C., veinte ( 20 ) de marzo del dos mil tres (2003) Radicación número: 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340).

<sup>77</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Consejera ponente: Maria Inés Ortiz Barbosa Bogotá, D.C., diciembre nueve (9) de dos mil cuatro (2004). Radicación número: 25000-23-24-000-2001-90129-01(14062).

BA

Radicación No. 04047600

- **La valoración del comportamiento de los investigados:** adoptados de manera común y tendientes a obstruir la entrada de competidores, comportamientos atrás ilustrados y que se referían entre otras a: difundir campañas para desacreditar la tecnología de producción de oxígeno a través de plantas PSA's, la presentación de ofertas salvavidas a clínicas y hospitales con el fin de disuadir posibles clientes de las PSA a través de precios inferiores; lograr el desmonte de plantas PSA ante presiones u ofrecimiento de dádivas de las grandes empresas fabricantes de gases, e incluir cláusulas de exclusividad, de reciprocidad y anexos de exoneración de responsabilidad en los contratos de suministro de gases. Con las pruebas practicadas se encuentra acreditado que las investigadas adoptaron dichos comportamientos de manera escalonada por lo menos durante los últimos ocho años.
- **La valoración del mercado de fabricación y comercialización de gases medicinales en Colombia** permitió conocer que los agentes dedicados a la fabricación de oxígeno por método criogénico prestan el servicio de suministro de gases en virtud de la celebración de contratos denominados de suministro de gases, de oferta comercial de suministro etc. y conexo a ellos contratos de comodato sobre los tanques que sirven de almacenamiento del oxígeno criogénico montados por las Empresas Investigadas, aspecto que como se ilustró de manera suficiente por los apoderados de las investigadas, demanda grandes inversiones por parte de las empresas fabricantes de gases y que conllevan por parte de la clínica u hospital beneficiario, la celebración de contratos de suministro (y comodato) a largo plazo con la conocida inclusión de cláusulas de exclusividad para garantizar el retorno de la inversión.

Presentamos a continuación algunos contratos que reposan en el expediente cuyos términos permiten inferir la permanencia en el tiempo del comportamiento investigado. Lo anterior, teniendo en cuenta que la estrategia adoptada por las tres Empresas Investigadas implicaba un patrón de conducta, que contemplaba diferentes ítems, entre ellos la celebración de contratos con cláusulas de exclusividad, cuya firma y duración se vinculan directamente con la práctica concertada.

AGA FANO hoy Linde Colombia S.A.	CRYOGAS	OXICOL
-------------------------------------	---------	--------

022

Radicación No. 04047600

<p>Contrato de suministro de gases medicinales. Clínica Occidente de Tuluá.<sup>78</sup> Vigencia: 3 años contados a partir del 1° de julio de 2004, es decir hasta el 1° de julio de 2007.</p>	<p>Oferta de suministro celebrada con la Clínica Versailles de Manizales.<sup>79</sup> Fecha suscripción: 9 de abril de 2007. Duración y aceptación de la oferta: 5 años.</p>	<p>Propuesta comercial para el suministro de gases. Clínica de Occidente de Bogotá.<sup>80</sup> Fecha de suscripción: 13 de octubre de 2005. Anexo condiciones comerciales: ampliación del término del contrato hasta el 2010<sup>81</sup></p> <p>Contrato de comodato de bienes muebles. Celebrado con la Fundación Abood Shaio. (cláusula 3ª. Uso autorizado) Duración. Hasta el 31 de diciembre de 2008.</p>
---	---	--

Las fechas señaladas en el cuadro anterior, permiten establecer la referencia cronológica en el cálculo de los tres (3) años para que opere la caducidad de las facultades de la Administración, prevista en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto a los contratos de ejecución sucesiva, la jurisprudencia ha señalado que:

*"(...) las obligaciones principales –y originarias- que de él emanan: para el contratante, conceder el uso y goce de la cosa y para el contratista, pagar el precio, **no se agotan en un solo momento, sino que se desenvuelven y desdoblán a medida que transcurre el tiempo (tempus in negotio)**; oneroso, toda vez que cada una de las partes busca un beneficio económico que, recta vía, se refleja en la obligación asumida por la parte contraria o cocontratante y, finalmente, las más de las veces, merced a la mecánica negocial imperante en la praxis contractual, por adhesión, como quiera que el usuario debe sujetarse, sin posibilidad real de discutirlas, a unas cláusulas previamente establecidas.<sup>82</sup> (...)"* (Subrayado fuera de texto)

<sup>78</sup> Folios 95 y ss., aportado como anexo a los descargos frente a la Resolución de apertura de investigación. Cuaderno No. 2 del expediente.

<sup>79</sup> Folio 150 del cuaderno No. 8 del expediente.

<sup>80</sup> Folio 182 del cuaderno No. 6 del expediente.

<sup>81</sup> En documento encontrado en el computador de Ana Roza funcionaria de OXICOL se establece que la fecha de terminación del contrato inicialmente pactado es el "treinta (30) de Julio del año 2008", por lo cual se entendería prorrogado hasta la misma fecha en el año 2010.

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) Sentencia No del 13 de diciembre de 2002. Expediente 6462. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Radicación No. 04047600

En el mismo sentido, la doctrina se ha referido al tema de la siguiente manera:

*"(...) Regresando a las reglas derivadas del derecho civil y comercial, cabe advertir que donde sí tiene importancia la distinción entre contratos de "ejecución instantánea" y de "ejecución sucesiva, periódica o diferida" es en términos de la prescripción de las obligaciones contractuales. La prescripción se cuenta a partir del momento en el que cada obligación debió ser satisfecha, cuando la ley o las partes, en forma expresa o tácita, señalaron ese momento. Por **eso la prescripción de las obligaciones en los contratos de "ejecución instantánea" se cuenta desde la celebración del contrato, mientras que en los de "ejecución sucesiva, periódica o diferida" debe contarse desde la fecha en la que debió cumplirse cada obligación, de modo que la prescripción no ocurre al mismo tiempo para todas.**"<sup>83</sup> (Subrayado fuera de texto)*

Así las cosas, la conducta concertada anticompetitiva realizada por las investigadas por lo menos estará vigente hasta el 9 de abril de 2012, fecha en cual en principio termina el contrato con cláusula de exclusividad celebrado entre CRYOGAS y la CLINICA VERSALLES DE MANIZALES. Es decir, que los diferentes comportamientos realizados por las investigadas para impedir el acceso al mercado a las plantas PSA'S por lo menos terminan en la mencionada fecha.

## 6. Conclusiones

De los elementos probatorios recaudados durante la investigación realizada, es posible establecer que existió una práctica concertada entre las Empresas Investigadas, dirigida a eliminar a un nuevo competidor en el mercado. La anterior conclusión proviene del análisis de las diferentes conductas desarrolladas que, si bien observadas de manera independiente no tendrían la potencialidad para ser consideradas anticompetitivas, al ser observadas en conjunto denotan una estrategia coordinada, tal y como se resume a continuación:

Durante el curso de la investigación, se logró demostrar que las investigadas realizaron campañas de descrédito del oxígeno proveniente de plantas PSA, las cuales se acompañaron de la adopción de modelos contractuales que favorecían la fidelización de las clínicas y hospitales al sistema de suministro de oxígeno criogénico. Con las acciones implementadas, se buscaba desestimular la compra de las plantas con tecnología PSA por parte de las clínicas y hospitales por una parte, y por la otra, garantizar la exclusividad del suministro impidiendo de manera conjunta el acceso a la mencionada tecnología.

Como ya se ha manifestado en reiteradas ocasiones a lo largo de la presente Resolución, las conductas arriba señaladas no hubieran tenido incidencia alguna en el normal funcionamiento del mercado, de no haber sido ejecutadas de manera conjunta y coordinada por las investigadas. No obstante, no sólo se encontró simultaneidad en la aplicación de las estrategias, sino que existe dentro del acervo probatorio un documento escrito en donde un contratista independiente estructura de manera detallada diversas acciones a seguir con el fin de neutralizar la entrada de las PSA, el cual fue dirigido a las tres empresas involucradas en la investigación.

<sup>83</sup> Palacios Mejía Hugo "Soluciones Jurídicas Alternativas a Problemas Económicos en Contratos de Ejecución Sucesiva", Bogotá D.C., Colección Monografías No. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2009. Pág. 89.

Radicación No. 04047600

Respecto al citado documento, es necesario aclarar que independientemente de quién haya contratado y/o pagado el respectivo estudio, el hecho de que haya sido dirigido a todas las investigadas, es un indicio de la concertación entre ellas. Adicionalmente, se trata de una pieza probatoria que no puede ser evaluada de forma individual, sino en conjunto con los demás hechos indagados, entre los que se encuentran (i) el levantamiento de información actualizada de hospitales que instalaran o proyectaran instalar plantas PSA en sus instalaciones denominado "mapeo de riesgos" ii) el ofrecimiento de dádivas como estandarización de la red como una seguridad fundamental para la institución v) la presentación de nuevas estructuras de precios.

La estructuración de la conducta anticompetitiva planteada por esta Entidad, es concordante con la posición que a nivel internacional se ha tenido respecto a las prácticas concertadas, en donde son considerados elementos facilitadores de la conducta, como la existencia de pocas firmas en el mercado, la semejanza entre ellas, la homogeneidad del producto suministrado. En el presente caso, adicionalmente se encontró que las operaciones de SWAP realizadas entre las investigadas constituyen el escenario propicio para el desarrollo de prácticas cooperativas.

Cabe también señalar que la coordinación en la lucha contra las PSAs era conveniente para AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., CRYOGAS y OXICOL, en la medida que obstruir la entrada de nuevos competidores o propiciar la salida de éstos les permitía, si no aumentar, al menos conservar el poder de mercado que poseían.

Todo lo expuesto muestra que efectivamente existe evidencia que permite dar por demostrada la existencia de una práctica concertada, determinada por la similitud inexplicable en las actividades ejecutadas con ocasión de la estrategia "Anti - PSA", la cual, aunque se haya nombrado e identificado de manera algo diversa al interior de cada una de las empresas, conserva su misma estructura, plan de acciones y finalidad al tiempo que resulta conveniente para las mismas.

#### **7. La responsabilidad de los representantes legales**

De conformidad con el numeral 16, artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el mencionado decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.

En este punto, resulta necesaria la tipificación de la conducta descrita en la norma, para lo cual acudimos a la definición que hace el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, de cada uno de los verbos rectores: autorizar, "dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa"<sup>84</sup>, así mismo, el término ejecutar es definido como "poner por obra una cosa"<sup>85</sup>, en tanto que el verbo tolerar aparece

<sup>84</sup> Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española. Décimo Octava Edición, pág. 147.

<sup>85</sup> Ibidem, página 509.

AGA

Radicación No. 04047600

definido como: *"disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente"*<sup>86</sup>.

Bajo los anteriores lineamientos, se procedió a establecer respecto de Hernando Vergara Gómez Cáceres, Cesar Oswaldo Franco Rivera, María Victoria Echavarría Goicoechea y Diana Elizabeth Ríos Mejía representantes legales de las Empresas Investigadas, si los mismos incurrieron en alguna(s) de la(s) conducta(s) que se mencionaron, con el fin de determinar el grado de responsabilidad que era susceptible de adjudicársele. El análisis realizado, permitió concluir lo siguiente:

**7.1. Diana Elizabeth Ríos Mejía – Gerente de la División Medicinal y Representante legal de AGA FANO Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. hoy Linde Colombia S.A.**

El hallazgo de los documentos Plataforma Estratégica y PLAN PSA – COLOMBIA, así como los archivos electrónicos del computador<sup>87</sup> de la Dra. Diana Elizabeth Ríos<sup>88</sup>, Gerente de la División Medicinal y representante legal de AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., es una prueba válida para afirmar que conoció y al menos toleró, en tanto estaba en capacidad de haber hecho cesar la práctica y no lo hizo, la adopción y aplicación de todas las actividades que dicha estrategia disponía al igual que la finalidad de la misma plasmada en el "Plan PSA Colombia – 12dic.2003" (folios 71 a 85 del cuaderno 14 del expediente) donde se afirma que se *"aplicarán acciones y programas de carácter comercial destinados a CONSERVAR y RECUPERAR clientes, esto con el fin de no permitir a las PSA alcanzar el nivel aceptable de masa crítica que les permita perpetuarse en el mercado"*. (Negrilla fuera del texto). En el mismo documento se encontraron estrategias anti PSA que incluían incluso la de influenciar términos de referencia de las licitaciones para elevar las exigencias.

Adicionalmente, en el computador de la doctora Diana Elizabeth Ríos se encontró la presentación del consultor Burson Marsteller ("Propuesta 2 AGA – hipervínculos" folios 35 a 70 del expediente), así como los planes anti PSA que la empresa estaba desarrollando ("Plan PSA – Colombia1" folios 15 a 18 del expediente).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta lo mencionado por la investigada, en declaración rendida ante esta Entidad en los aspectos relativos a las funciones por ella desempeñadas: *"Como responsable de la Gerencia de la división medicinal institucional de AGA FANO, me compete vigilar el cumplimiento de todas las políticas relacionadas con el segmento de mercado a mi cargo; en ese sentido también tenemos la responsabilidad de velar por que se cumplan todos los principios que rigen a la división en cuanto a ética, calidad, seguridad, servicio al cliente y en términos"*

<sup>86</sup> Ibidem, página 752.

<sup>87</sup> Obran en el cuaderno No. 14 del expediente, diversos documentos, entre los que se destacan los documentos denominados: "PSA status 2004" (folios 9 a 14); "Plan PSA – Colombia1" (folios 15 a 18); "Conclusiones reunión PSA octubre de 2004" (folios 27 a 28); "PSA strategy" (folio 30 a 32); "Propuesta 2 AGA – hipervínculos" (folios 35 a 70); "Plan PSA Colombia – 12dic.2003" (folios 71 a 85).

<sup>88</sup> Consta en el acta de inspección a la empresa Aga Fano Fabrica Nacional de Oxigenos de fecha 9 de noviembre de 2006, la revisión del equipo de computo de la Doctora Diana Elizabeth Ríos Mejía.

BCA

Radicación No. 04047600

*operativos, la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos que la división se haya trazado para el país."*<sup>89</sup>.

**7.2. Hernando Vergara Gómez Cáceres – Gerente de la División Industrial y anterior representante legal de AGA FANO Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. hoy Linde Colombia S.A.**

Las pruebas obtenidas en la investigación indican que el Dr. Hernando Vergara como Gerente de la División Industrial de la sociedad AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., se encontraba gerenciando el área de negocios de comercialización y venta de gases y productos destinados a las industrias, y no tenía relación con las actividades y decisiones propias del campo de los gases medicinales, entre ellos el oxígeno medicinal, por lo cual no es posible atribuirle responsabilidad en la autorización, ejecución o tolerancia de las conductas investigadas.

**7.3. César Oswaldo Franco Rivera – Representante legal de Oxígenos de Colombia Ltda.**

El señor César Franco Rivera, Gerente General para Colombia y representante legal de esta sociedad, en declaración rendida ante esta Entidad<sup>90</sup>, manifestó que ha desempeñado el cargo de Gerente General para Colombia durante años, y entre sus funciones está la de definir estrategias comerciales y de crecimiento. El personal de ventas en negocios medicinales y demás empleados le reportan a él como Gerente sus actividades.

El señor Francisco Javier Pinzón, Director de Aplicaciones Medicinales y Líder de Proyectos, vinculado desde hace 12 años a OXICOL, y cuyo cargo reporta directamente funciones y resultados al Gerente General, señor César Franco Rivera, manifestó que dentro de sus funciones, se encontraba la de hacer seguimiento a aquellos clientes (clínicas y hospitales) que habían adoptado la tecnología PSA, y ofrecer alternativas en la aplicación de gases.

Otra de las pruebas que permite deducir la tolerancia que ofrecía César Franco Rivera en los temas relacionados con la estrategia Anti- Psa, es el correo electrónico del 13 de junio de 2006, hallado en el computador de Sandra Quintero Murillo, Gerente de Operaciones Medicinales de Oxígenos de Colombia, recibido por el mail de su Gerente (cesarfranco/COL/SA/PRAXAIR@ Praxair) Ref: Hospital San Francisco de Tuluá en el que escribió: "(...) desde el mes de abril estamos realizando un trabajo con el Hospital en referencia de Tuluá, el cual tiene una planta PSA de Ogsi y un compresor alquilado para aire. (...) Nosotros pasamos la siguiente propuesta en escala debido a que ellos no son muy consientes del consumo y para estimular el cambio, sabiendo que la facturación real va a ser de 8000 m3. **Esta sería la primera planta que desmontamos y tendríamos un mezclador en la zona occidente. Quedo en espera de sus comentarios para poder cerrar la operación.**" (Negrilla fuera del texto)

<sup>89</sup> Interrogatorio de parte de la señora Diana Elizabeth Ríos, obrante a folios 93 y ss. del cuaderno No.13 del expediente radicado bajo el No. 04047600.

<sup>90</sup> Interrogatorio de parte del señor César Oswaldo Franco Rivera, obrante a folios 166 a 179 del cuaderno No.13 del expediente radicado bajo el No. 04047600.

1004

Radicación No. 04047600

Para la imputación de responsabilidad del Gerente y representante legal de OXICOL LIMITADA, César Oswaldo Franco Rivera, la Delegatura tuvo en cuenta aspectos tales como: El Dr. Franco Rivera tenía a su cargo entre otras funciones la planeación de la compañía, la estrategia de crecimiento, la definición y adopción de cualquier estrategia empresarial, según lo confirmó él mismo en declaración rendida ante esta Superintendencia es *"el responsable de llevar a cabo funciones de control, como en la parte de administración y finanzas de la organización, todo el tema de la estrategia comercial (...) también hago parte de la Junta Directiva donde reporto a los accionistas todo el desempeño de la organización (...)"*<sup>91</sup>. En la misma diligencia, narró que se encontraba ocupando el cargo de Gerente General de la compañía desde el 4 de julio de 2001, con lo cual se deduce que la antigüedad en el cargo le permitía conocer las actividades contempladas en la estrategia aplicada contra la tecnología PSA. Este conocimiento y ejecución resultaron evidentes con aspectos como el abordado también en su declaración:

Pregunta 14: (...) Qué tipo de control posterior realiza Oxígenos de Colombia en estos eventos en que ustedes actúan como back up de plantas PSA? Respondió: *"(...) No hay necesidad de ningún control porque yo no he dicho que nosotros, si la clínica no nos da la garantía de darnos la tubería exclusiva para nuestra fuente, nosotros no servimos de backup por la misma tubería de la PSA, o sea, yo estoy diciendo que, nosotros podríamos hacer backup pero con nuestra propia tubería, nosotros no permitimos que nuestro oxígeno vaya por las tuberías de las PSA's porque ahí podríamos obtener un problema de, de, de trazabilidad exactamente es eso, o sea, no hay ningún control, no hay forma de cómo controlar si la planta PSA esta prendida y falla o simplemente tienen que también conectar nuestro tanque o nuestro cilindros (...) nosotros servimos de backup o que nos garanticen que el suministro es ciento por ciento nuestro por esa misma tubería o que nos den una tubería exclusivamente para nuestro sistema de suministro."*

Por otra parte, los correos electrónicos hallados en el computador de la Gerente de Operaciones Medicinales reportándole directamente a él sobre el resultado de operaciones realizadas en hospitales para el desmonte de plantas PSA, permitieron a la Delegatura de Promoción de la Competencia deducir que tenía pleno conocimiento de la adopción y puesta en práctica de la estrategia de obstrucción de la tecnología PSA, de donde puede concluirse que conoció y toleró dicha estrategia, dando con ello lugar a su responsabilidad como persona natural.

Resulta oportuno tener en cuenta que en este tipo de conductas, la responsabilidad del administrador puede resultar de una omisión consistente en tolerar que otro ejecute o no ejecute una determinada conducta que resulta contraria a la ley, sin oponerse a ello pudiendo y debiendo hacerlo, como ocurre en el presente caso, pues, dada su investidura y conforme a las pruebas recaudadas, no podía menos que conocer lo que estaba ocurriendo.

Estos aspectos permiten concluir que el Gerente General y representante legal de OXICOL, conoció y toleró, en tanto estaba en capacidad de suspender la conducta y no lo hizo, las prácticas restrictivas de la competencia examinadas.

<sup>91</sup> Declaración del Dr. César Oswaldo Franco Rivera, representante legal de Oxígenos de Colombia, rendida el 28 de abril de 2008. Obrante a folios 166 y ss. Cuaderno 13 del expediente.



Radicación No. 04047600

**7.4. María Victoria Echavarría Goicoechea – Representante legal de la sociedad Gases Industriales de Colombia S.A. - CRYOGAS**

Se encuentra probado en el expediente que en el mes de julio de 2005, esto es, hace más de tres años, la Junta Directiva de la sociedad CRYOGAS S.A. le aceptó a la señora Echavarría la renuncia al cargo de Gerente General de dicha empresa, hecho que hace improcedente la imputación de responsabilidad a la persona natural, en tanto, con posterioridad a esa fecha, no pudo haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas investigadas.

**8. Sanción**

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el citado decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

En el caso concreto, se ha establecido que: (i) las empresas AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL, trasgredieron con su comportamiento la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1955 de incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (ii) que ese comportamiento se adecúa a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber adoptado conductas que devienen en la ejecución de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concertada.

En efecto, los hechos probados dan cuenta de la existencia de una práctica concertada, ejecutada a lo largo del tiempo mediante acciones realizadas por las empresas AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL, encaminada a obstruir la entrada o impedir la expansión en el mercado de empresas con tecnología PSA.

La anterior conducta reviste especial gravedad y debe ser sancionada con determinación, en cuanto en ella intervinieron las tres empresas que tienen una alta cuota de participación en el mercado de oxígeno medicinal en el país, lo cual sirve para medir el impacto de la conducta en razón del mayor poder que tienen para influenciar las condiciones del mismo. Adicionalmente, este caso refleja la distorsión de la competencia en un mercado de especiales características que afecta de manera

004

Radicación No. 04047600

directa el bienestar de los consumidores, representados en los pacientes afectados con patologías que requieren del oxígeno medicinal<sup>92</sup>.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a las empresas Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. - AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. - CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. - OXICOL, la multa máxima de dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que el ordenamiento aplicable para la época de los hechos, prevé para este tipo de infracciones, es decir, la suma de un mil treinta millones de pesos MCT (\$1.030.000.000.00).

Para la tasación de la multa esta Superintendencia calculó cuánto representaba la multa máxima dentro del total del patrimonio reportado por cada una de las empresas investigadas referido al año 2009<sup>93</sup>, y encontró que en ningún caso dicha multa representaba más del 1% del total de los patrimonios de las sociedades vinculadas a la investigación.

En cuanto hace a los representantes legales, señora Diana Elizabeth Ríos Mejía, representante legal de la empresa Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. hoy Linde Colombia S.A.- AGA FANO; y al señor César Oswaldo Franco Rivera, representante legal de la empresa Oxígenos de Colombia Ltda. - OXICOL, responsables de haber tolerado el comportamiento anticompetitivo merecedor de reproche se impondrán, conforme a la normatividad vigente para la época de los hechos, multas por valor de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, es decir, ciento cincuenta y cuatro millones quinientos mil pesos Moneda corriente (\$154.500.000.00).

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar que las sociedades FÁBRICA NACIONAL DE OXÍGENO S.A. - AGA FANO hoy LINDE COLOMBIA S.A., OXÍGENOS DE

<sup>92</sup> En concepto que obra a folios 154 y 155, cuaderno No. 1 del expediente, el Doctor Carlos Awad García, Médico Especialista en Medicina Interna y Neumología del Hospital Santa Clara de Bogotá manifestó: "(...) Es claro que en el contexto de un paciente agudamente enfermo por cualquier causa al demostrar hipoxemia se debe utilizar obligatoriamente el oxígeno y hasta el momento que las pruebas lo indiquen, es más, ninguna sustancia o acción médica puede reemplazar el beneficio que el oxígeno ofrece. Vale la pena aclarar que el uso de los broncodilatadores erróneamente es considerado como administración de oxígeno lo cual es falso por cuanto esos dispositivos contienen únicamente medicación y no oxígeno. (...). Para el caso de las enfermedades crónicas ya mencionadas existe suficiente evidencia científica del beneficio de la administración de oxígeno (...) El oxígeno es un gas medicinal necesario para la vida. Su uso en pacientes hospitalarios es imprescindible y se puede afirmar que si no se usa, el riesgo de muerte es inminente. De igual manera, su uso crónico domiciliario coloca al paciente como un ser oxígeno dependiente y a largo plazo, una vez se indique al paciente el uso crónico de oxígeno es casi seguro que dicho paciente lo requerirá por el resto de su vida." (Negrilla fuera de texto)

<sup>93</sup> Fuente de la información: Estados financieros reportados por las empresas a la Superintendencia de Sociedades, año 2009.

BOA

Radicación No. 04047600

**COLOMBIA LTDA- OXICOL y GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. – CRYOGAS**, infringieron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Imponer sanción pecuniaria por valor de un mil treinta millones de pesos MCT (\$1.030.000.000.00) a la empresa **FÁBRICA NACIONAL DE OXÍGENO S.A. - AGA FANO** hoy **LINDE COLOMBIA S.A.**, NIT. 860 005114- 4.

**ARTÍCULO TERCERO:** Imponer sanción pecuniaria por valor de un mil treinta millones de pesos MCT (\$1.030.000.000.00) a la empresa **OXÍGENOS DE COLOMBIA LTDA., - OXICOL** NIT. 860 040094-3.

**ARTÍCULO CUARTO:** Imponer sanción pecuniaria por valor de un mil treinta millones de pesos MCT (\$1.030.000.000.00) a la empresa **GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. – CRYOGAS** NIT. 860 013704- 3.

**ARTÍCULO QUINTO:** Declarar que los señores **DIANA ELIZABETH RIOS MEJIA**, representante legal para la época de los hechos investigados; de **AGA FANO S.A.** hoy **LINDE COLOMBIA S.A.** y **CÉSAR OSWALDO FRANCO RIVERA**, representante legal de la sociedad **OXICOL LTDA.** para la época de los hechos investigados; incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

**ARTÍCULO SEXTO:** Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ciento cincuenta y cuatro millones quinientos mil pesos Moneda corriente (\$154.500.000.00) a la señora **DIANA ELIZABETH RIOS MEJIA C.E.** No. 00000317036, representante legal de **AGA FANO S.A.** hoy **LINDE COLOMBIA S.A.**

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ciento cincuenta y cuatro millones quinientos mil pesos Moneda corriente (\$154.500.000.00) al señor **CÉSAR OSWALDO FRANCO RIVERA C.C.** No. 79'274.005 de Bogotá, representante legal de la sociedad **OXICOL LTDA.**

**ARTÍCULO OCTAVO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone a las personas naturales y jurídicas, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-75438-7, formato de recaudo nacional, código de referencia para pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, ubicada en el piso 3 mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta Resolución.

**ARTÍCULO NOVENO:** Exonerar de la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, a las siguientes personas naturales por las razones señaladas a continuación, para cada uno de ellas.

I. Al señor **HERNANDO VERGARA GÓMEZCACERES**, Gerente de la División Industrial y anterior representante legal de **AGA FANO S.A.** hoy **Linde Colombia**

Radicación No. 04047600

S.A., por cuanto se acreditó que mientras estuvo vinculado laboralmente a la sociedad estuvo a cargo de las actividades de comercialización y venta de gases y productos destinados al área industrial, pero no a las actividades y decisiones inherentes a la negociación de gases medicinales, entre ellos el oxígeno medicinal, que fue el mercado afectado con las conductas investigadas.

II. A la señora MARIA VICTORIA ECHEVERRÍA GOICOECHEA, anterior representante legal de la sociedad GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. – CRYOGAS en la medida que se acreditó con la información registrada en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, que se desvinculó de la empresa desde el mes de julio de 2005.

**ARTÍCULO DÉCIMO:** Ordenar que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 17 de la Ley 1340 y a costa las personas naturales y jurídicas sancionadas, una vez en firme la presente Resolución, se publique, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, en un diario de amplia circulación nacional, el siguiente texto:

“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio las empresas AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL y las personas naturales Diana Elizabeth Ríos Mejía, y César Oswaldo Franco Rivera, informan que:

Mediante Resolución No. xxx de xx de xxx de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró responsables administrativamente a las empresas y personas naturales que se mencionan a continuación, de haber incurrido en una práctica restrictiva de la competencia en el mercado nacional del oxígeno medicinal, de conformidad con la parte motiva de la referida Resolución, así:

1. Las empresas AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL, por haber incurrido en conductas que devienen en la ejecución de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concertada, dirigida a obstruir la entrada o expansión en el mercado de las empresas de tecnología PSA, con lo cual infringieron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
2. Las personas Diana Elizabeth Ríos Mejía, y César Oswaldo Franco Rivera, por haber tolerado un acuerdo bajo la modalidad de práctica concertada, dirigida a obstruir la entrada o expansión en el mercado de las empresas de tecnología PSA, con lo cual Incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Un ejemplar de la publicación deberá allegarse a la Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su publicación.

**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO:** De conformidad con las funciones asignadas a esta Superintendencia por el artículo 1° numeral 6 del Decreto 3523 del 15 de septiembre de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010, se ordena a las sociedades AGA

AGA

Radicación No. 04047600

FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., OXICOL y CRYOGAS S.A. poner término a la infracción de forma inmediata, si aún no lo han hecho. Adicionalmente deberán abstenerse de acordar directa o indirectamente prácticas tendientes a obstruir la entrada o impedir la expansión en el mercado de empresas de tecnología PSA y de amenazar con suspender el suministro de oxígeno a quienes utilicen tecnología PSA.

**ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO:** Declarar improcedentes las solicitudes de nulidad apoyadas en la supuesta causal de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, por las razones expuestas en el numeral 5.5.1. de la presente resolución.

**ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente Resolución a los doctores: GABRIEL IBARRA PARDO, en su condición de apoderado de la sociedad Fábrica Nacional de Oxígenos S.A.- AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., así como de la señora Diana Elizabeth Ríos Mejía y del señor Hernando Vergara Gómez Cáceres; al doctor JORGE OCTAVIO ESCOBAR CAÑOLA, en su condición de apoderado de la empresa GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. -- CRYOGAS y de la señora MARIA VICTORIA ECHEVERRÍA GOICOECHEA, al doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, en su condición de apoderado de la empresa OXICOL LTDA. y del señor CÉSAR OSWALDO FRANCO RIVERA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 25 NOV 2010

El Superintendente de Industria y Comercio

  
JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Notificar:

Doctor  
**EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA**  
Apoderado  
**OXÍGENOS DE COLOMBIA LIMITADA - OXICOL**  
NIT. 860 040094-3  
**CESAR OSWALDO FRANCO RIVERA**  
C.C. No. 79'274.005 de Bogotá  
Carrera 14 No. 94 A - 61 oficina 307  
Fax: 621 88 15  
Ciudad.

100A

25 NOV 2010

RESOLUCIÓN NÚMERO 65477 DE 2010 Hoja N°. 70

Radicación No. 04047600

Doctor

**GABRIEL IBARRA PARDO**

Apoderado

**AGA FANO FÁBRICA NACIONAL DE OXÍGENO S.A. HOY LINDE COLOMBIA S.A.**

*NIT. 860 005114- 4*

**HERNANDO VERGARA GOMEZCÁCERES**

*C.C. No. 6'818.556 de Sincelejo*

**DIANA ELIZABETH RIOS MEJÍA**

*C.E. No. 00000317036*

Carrera 11 N° 82 – 01 Oficina 902

Fax 6 21 49 92

**Ciudad**

Doctor

**JORGE OCTAVIO ESCOBAR CAÑOLA**

Apoderado

**GASES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. – CRYOGAS**

*NIT. 860 013704- 3*

**MARÍA VICTORIA ECHAVARRIA GOICOECHEA**

*C.C. No. 32' 513.270 de Medellín*

Carrera 72 A No. 45 E – 71

Fax: 412 47 41

**Medellín**

100A