



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

RESOLUCIÓN **11168** DE 2020
(**13 MAR 2020**)

Radicación: 13-291120

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se archiva una investigación”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 5832 del 5 de febrero de 2016 (en adelante “Resolución No. 5832 de 2016” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.** (en adelante “**PNSA**”) por la presunta infracción a lo dispuesto en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición de dominio por la aplicación de condiciones discriminatorias y la obstrucción de entrada a mercados o canales de comercialización). Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **C.I. PRODECO S.A.** (en adelante “**PRODECO**”), por la presunta infracción a la prohibición general señalada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por otro lado, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra las siguientes personas naturales vinculadas con las sociedades antes mencionadas para determinar si habrían incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas imputadas a los agentes de mercado:

Tabla No. 1: Personas naturales investigadas vinculadas a PNSA y PRODECO

Nombre	Identificación	Cargo
ABRAHAM SMIT	C.E. 432.997	Vicepresidente Financiero y suplente del Presidente de PRODECO , y a su vez Representante Legal de PNSA .
BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA	C.C. 79.781.156	Jefe Jurídico de PRODECO y a su vez miembro principal de Junta Directiva de PNSA .
CHRISTOPHER IAN PHILLIPS	C.E. 312.541	Miembro de Junta Directiva de PRODECO .
DARREN LEIGH THOMPSON	C.E. 436.380	Gerente de la cadena de carbón de PRODECO y a su vez Gerente General y Representante Legal suplente de PNSA .
FREDERICK WILLIAM SMITH	C.E. 411.876	Miembro de la Junta Directiva de PRODECO y a su vez suplente de Junta Directiva de PNSA .
GARY NAGLE	C.E. 354.705	Representante Legal de PRODECO durante los años 2012 y 2013.
MARK JOHN MCMANUS	C.E. 428.978	Presidente y miembro principal de Junta Directiva de PRODECO y miembro de Junta Directiva de PNSA .

"Por la cual se archiva una investigación"

Nombre	Identificación	Cargo
MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ	C.C. 10.271.388	Miembro suplente de la Junta Directiva de PRODECO y a su vez miembro suplente de Junta Directiva de PNSA .
NICOLÁS GÓMEZ OLARTE	C.C. 72.005.853	Miembro suplente de la Junta Directiva de PRODECO .
TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA	C.C. 16.717.077	Gerente Financiero y miembro suplente de Junta Directiva de PRODECO , y a su vez Representante Legal suplente de PNSA .

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa inició como consecuencia de la comunicación radicada con el No. 13-291120-00 del 12 de diciembre de 2013², remitida por la **OFICINA DE REGULACIÓN ECONÓMICA** del **MINISTERIO DE TRANSPORTE DE COLOMBIA** (en adelante "**MINTRANSPORTE**"), en la cual se denunció que las políticas de acceso de **PUERTO NUEVO** ("versión 09.08.2013") contenían elementos que podían ser restrictivos de la competencia, por lo que se requería de un pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta situación fue igualmente denunciada el 22 de enero de 2014³ por medio de un documento anónimo de radicado No. 14-11485-00.

Mediante memorando radicado con el No. 14-11485-1 del 21 de febrero de 2014⁴, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó dar inicio a una averiguación preliminar para recolectar información y evidencia sobre la posible comisión de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica en el mercado portuario, especialmente en los puertos carboníferos de la zona portuaria de Santa Marta.

Realizada la averiguación preliminar y encontrados suficientes elementos de juicio que ameritaban la apertura de una investigación formal, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante Resolución No. 5832 de 2016⁵, ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra:

(i) **PNSA**, por presuntamente haber incurrido en un abuso de posición de dominio en el mercado de servicio de transporte de carbón desde puertos marítimos, específicamente en la zona de Ciénaga, Magdalena, hacia destinos internacionales, por establecer condiciones discriminatorias a terceros usuarios (numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992) y por obstruir o impedir a terceros el acceso a **PUERTO NUEVO** (numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992).

Para definir el mercado relevante de producto presuntamente afectado por la conducta, la Delegatura realizó un ejercicio de sustituibilidad de la demanda en el que analizó potenciales competidores de **PUERTO NUEVO** en la movilización de carbón con destinos internacionales y concluyó que en la zona geográfica de Ciénaga, Magdalena, no existían agentes que ejercieran presión competitiva sobre **PNSA** toda vez que las otras sociedades portuarias ubicadas en dicha zona, que tenían la capacidad e infraestructura para exportar carbón, eran concesionarias de puertos privados que, de conformidad con la Ley 1 de 1991, no podían prestar servicio público.

Sobre los aspectos geográficos del mercado, la Resolución de Apertura de Investigación manifestó que, pese a que existían en Colombia otros puertos con capacidad de exportación de carbón, lo cierto

¹ Folios 1078 y 1102 del cuaderno público No. 6 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla del Expediente se hace referencia al radicado No. 13-291120.

² Folios 1 a 18 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

³ Folios 22 a 24 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁴ Folio 25 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁵ Folios 1078 y 1102 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

era que ninguno de ellos se conectaba a la línea férrea mediante la cual arribaba carbón a **PUERTO NUEVO**, controlada por **FENOCO**, de modo que los clientes estarían limitados por el acceso a dicha línea férrea.

Así, concluyó que el mercado relevante potencialmente afectado sería el del servicio de transporte de carbón desde puertos marítimos, específicamente en la zona de Ciénaga, Magdalena, hacia destinos internacionales y que **PUERTO NUEVO** participaba en dicho mercado como un monopolio.

En cuanto a las conductas constitutivas de abuso, la Delegatura para la Protección de la Competencia imputó a **PNSA** el haber obstaculizado e impedido el acceso a terceros a **PUERTO NUEVO** (numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992) al haber construido un puerto con capacidad apenas suficiente para atender las necesidades de exportación de su principal accionista (21MTA), a pesar de que la concesión que obtuvo estaba encaminada a la construcción de un puerto público de una capacidad que garantizara el acceso a terceros (32MTA).

Adicionalmente, señaló que la sociedad portuaria habría establecido unas políticas de acceso al puerto idóneas para disuadir a los eventuales interesados en acceder a **PUERTO NUEVO**, otorgando un trato preferente a sus accionistas, incluyendo reglas que desmejoraban la posición de terceros y estableciendo una regulación sobre expansión de las instalaciones portuarias absolutamente favorables a **PRODECO**. Con base en dichas políticas, **PNSA** habría impedido efectivamente el acceso al puerto a terceros interesados.

Igualmente, la Delegatura determinó que, aprovechando su posición de dominio, **PNSA** habría ejercido un trato diferenciado entre exportadores de carbón de la zona Ciénaga, Magdalena, beneficiando a sus accionistas en perjuicio de otros exportadores, con lo que habría podido incurrir en la conducta de abuso prevista en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

(ii) **PRODECO**, por presuntamente haber incurrido en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959), al valerse de su influencia decisiva sobre **PNSA** para determinar la construcción de un puerto que apenas sería suficiente para cubrir sus propias necesidades de exportación de carbón.

(iii) Diez (10) personas naturales vinculadas a los agentes de mercado investigados, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, y dentro del término legal correspondiente, los investigados presentaron sus descargos⁶.

Mediante Resolución No. 3971 del 19 de febrero de 2019⁷ se cerró la etapa probatoria y se convocó a la audiencia verbal prevista en el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

CUARTO: Que mediante documento radicado con el No. 13-291120-1601-1 del 9 de diciembre de 2019⁸, los investigados presentaron recusación contra el Delegado para la Protección de la Competencia, quien no la aceptó por medio de la Resolución No. 72118 del 10 de diciembre de 2019⁹.

⁶ Folios 1166 a 1226 del cuaderno público No. 6 del Expediente; Folios 1696 a 1748 del cuaderno público No. 9 del Expediente; Folios 2563 a 2661 del cuaderno público No. 13 del Expediente; Folios 2680 a 2746 del cuaderno público No. 14 del Expediente; y Folios 2751 a 2777 del cuaderno público No. 14 del Expediente.

⁷ Folios 6400 a 6415 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

⁸ Folios 6742 a 6801 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

⁹ Folios 6802 a 6805 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

Dicha recusación fue resuelta definitivamente por el Superintendente de Industria y Comercio por medio de la Resolución No. 73084 del 12 de diciembre de 2019¹⁰.

Mediante documento radicado con el No. 13-291120-1668-1 del 17 de enero de 2020¹¹, los investigados presentaron recusación contra el Superintendente de Industria y Comercio, quien por medio del documento radicado con el No. 13-291120-1676-1 del 22 de enero de 2020¹² no la aceptó y la remitió al Ministro de Comercio, Industria y Turismo en los términos del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA").

La recusación en contra del Superintendente de Industria y Comercio fue resuelta y negada por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, por medio de la Resolución No. 206 del 7 de febrero de 2020¹³.

QUINTO: Que una vez agotado el trámite previsto en el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 13 de diciembre de 2019 el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹⁴, en el cual recomendó:

(i) Declarar administrativamente responsable y sancionar a **PNSA** por incurrir en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y a **PRODECO** por infringir la prohibición dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959;

(ii) Archivar la presente actuación administrativa respecto a **PNSA** por la infracción de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992;

(iii) Declarar administrativamente responsable y sancionar a **MARK JOHN MCMANUS, GARY NAGLE, ABRAHAM SMIT, DARREN LEIGH THOMPSON, FREDERICK WILLIAM SMITH** y **TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber participado de los comportamientos anticompetitivos ejecutados por **PSNA** y **PRODECO**; y

(iv) Archivar la presente actuación administrativa a **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA, CHRISTOPHER IAN PHILLIPS, MIGUEL ÁNGEL MONTOYA** y **NICOLÁS GÓMEZ OLARTE**.

A continuación, se resumen las consideraciones de la Delegatura sobre las conductas investigadas.

5.1. En relación con la definición del mercado relevante

- El mercado relevante de esta actuación administrativa corresponde al servicio de transporte para la exportación de carbón mineral desde la región caribe, particularmente en Ciénaga, Magdalena.
- Así, el mercado de producto corresponde al servicio de transporte para la exportación de carbón mineral, el cual engloba o reconoce la complementariedad entre el transporte doméstico de la carga y la actividad portuaria necesaria para la exportación, actividades que, nuevamente son interdependientes. Lo anterior toda vez que el servicio de transporte incluye toda la logística

¹⁰ Folios 6812 a 6814 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

¹¹ Folios 6901 a 6916 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

¹² Folios 7181 a 7185 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

¹³ Folios 7229 al 7232 del cuaderno público No. 31 del Expediente.

¹⁴ Folios 6820 a 6885 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

necesaria para alcanzar los núcleos de consumo que, en este caso, son los mercados internacionales.

- Teniendo en cuenta que **PUERTO NUEVO** es el único puerto con conexión férrea y es el que tiene mayor capacidad, resulta ser la opción más eficiente y con menor costo en el mercado. Cualquier combinación de elecciones diferente a esta resulta ineficiente para el consumidor. En este sentido, los puertos no conectados a la línea férrea no son competidores de **PUERTO NUEVO**.
- Los demandantes de estos servicios son las empresas que explotan los diferentes yacimientos de carbón mineral en el territorio nacional. Los oferentes corresponden a las diferentes redes de suministro que prestan servicios de transporte para exportar carbón mineral a destinos internacionales desde la mina hasta el cargue en buque.
- Por su parte, el mercado relevante geográfico corresponde a la región caribe y, particularmente, a los nodos portuarios ubicados en Ciénaga, Magdalena. Esta definición incorpora el espacio efectivo en el que interactúan los agentes económicos.
- En este sentido, el mercado geográfico es un monopolio en donde el único oferente es **PNSA**.

5.2. En relación con los comportamientos de **PNSA**

- Respecto a la existencia de una posición de dominio por parte de **PNSA** se encontró que este último tenía la capacidad de determinar las condiciones del mercado, en particular la capacidad de afectar el precio del servicio de transporte para la exportación del carbón mineral. Así, durante el periodo objeto de investigación estuvo en capacidad de disciplinar toda la dinámica del sistema de transporte público de carbón mineral térmico para exportación desde la costa caribe.
- **PNSA** es el administrador de la facilidad portuaria **PUERTO NUEVO** que con posterioridad a su entrada al mercado presentó un cambio en la estructura del transporte para exportación de carbón en el país. Así, **PUERTO NUEVO** es el principal puerto público con infraestructura para la exportación mineral y es el único puerto público especializado en dicha actividad.
- **PUERTO NUEVO** cuenta con unas ventajas estructurales que le permiten garantizar los mejores precios del mercado. Por ejemplo, la interconexión con la vía férrea administrada por **FENOCO** permite que el precio pagado por el usuario del servicio de transporte sea el más eficiente posible. Por esta razón, cualquier potencial agente en el mercado portuario que no presente esta complementariedad no constituye una efectiva presión competitiva para **PNSA**.
- Si bien es cierto que el sector portuario provee un bien público que es regulado, no por esto **PNSA** deja de tener posición de dominio en el mercado descrito. La actividad portuaria presenta economías de escala en la producción. En este sentido, el esquema de tarifas reguladas permite la sostenibilidad de la operación portuaria a un nivel mínimo de operación.
- **PNSA** tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado toda vez que (i) es el administrador de la facilidad portuaria **PUERTO NUEVO** y porque (ii) se encuentra integrado verticalmente con el transporte interno por vía férrea y con un productor de carbón (**PRODECO**).
- El periodo que engloba los hechos objeto de análisis se extiende desde abril de 2013 hasta abril de 2017. Lo anterior porque solamente hasta el 20 de abril de 2017 se permitió el ingreso de un tercero, **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS** (en adelante “**CNR**”), a **PUERTO NUEVO**.
- Con relación al abuso de la posición de dominio, **PNSA** desnaturalizó el servicio público del puerto que le fue concesionado, a través de la obstrucción de la entrada de terceros usuarios.
- La obstrucción que llevó a cabo **PNSA** la realizó a través de tres estrategias:

"Por la cual se archiva una investigación"

1. En el diseño y construcción del puerto, dónde **PNSA** no previó el acceso de múltiples usuarios, sino que tuvo en cuenta, de manera exclusiva, las necesidades de exportación de **PRODECO**, su principal accionista (94.9%).

Así, **PUERTO NUEVO** fue concebido conscientemente como un puerto privado, contrario a los compromisos adquiridos en la concesión. Desde su entrada en operación y hasta la fecha **PUERTO NUEVO** no cuenta con la capacidad de 32 MTA que había sido prevista para la primera fase de construcción, capacidad que permitiría el acceso de terceros usuarios. Adicionalmente, las condiciones de diseño y construcción desconocieron el acceso de un usuario distinto a **PRODECO**.

Además, la Delegatura encontró que las restricciones para el acceso de terceros al puerto fueron fruto de un actuar consciente y direccionado por **PNSA** y **PRODECO** para beneficiar exclusivamente los intereses del **GRUPO PRODECO**¹⁵.

2. **PNSA** adoptó políticas de acceso con condiciones que crearon barreras de entrada y desincentivos para acceder por parte de terceros interesados.
 3. **PNSA** impidió efectivamente el acceso de terceros, solicitantes de capacidad de exportación en el puerto, sustentando su decisión en argumentos inválidos.
- Finalmente, respecto a la conducta prevista en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes), y que fue imputada a **PNSA** por medio de la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura determinó que la misma fue uno de los medios a través de los cuales los investigados restringieron la entrada de terceros a **PUERTO NUEVO**, por lo cual fueron en realidad elementos adicionales de la conducta anticompetitiva de obstrucción.

5.3. En relación con los comportamientos de PRODECO

- A pesar de que **PRODECO** y **PNSA** hacen parte de un mismo grupo empresarial, participan en diferentes actividades económicas que hacen parte de la cadena de valor que va desde la producción hasta la exportación de carbón, razón por la cual se trata de dos agentes de mercado independientes.
- Así, **PRODECO** participa en la producción y comercialización de carbón y tiene participación en **FENOCO**, sociedad que administra la red férrea del Atlántico que interconecta las minas del municipio de Cesar con la costa caribe. Por su parte, **PNSA** es la sociedad portuaria que administra **PUERTO NUEVO**¹⁶.
- No obstante, al ser **PRODECO** el accionista mayoritario y compartir administradores y funcionarios con **PNSA**, se aprovechó de su condición para privilegiar sus intereses privados sobre el servicio público que debía prestar **PUERTO NUEVO**. Por lo tanto, las conductas desplegadas por **PRODECO** configuraron una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado relevante, consistente en haber influenciado a **PNSA** para que abusara de su posición de dominio y obstruyera el acceso de terceros a **PUERTO NUEVO**, desconociendo así el carácter público del puerto.

¹⁵ **GRUPO PRODECO** está conformado por **PRODECO**, **PUERTO NUEVO**, **CARBONES DE LA JAGUA S.A.**, **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A.** y **CARBONES EL TESORO S.A.**, todos en conjunto en adelante serán el "**GRUPO PRODECO**".

¹⁶ Los accionistas de **PNSA** son **PRODECO**, **CARBONES DE LA JAGUA**, **CARBONES EL TESORO** y **CONSORCIO MINERO UNIDO**, empresas a su vez vinculadas al **GRUPO PRODECO**. Estas empresas, a su vez, están controladas de manera indirecta por **GLENCORE**. Debido a esto, desde el 23 de mayo de 2011 y hasta la fecha actual, **PNSA** responde a una situación de control en titularidad de **GLENCORE**. Según el certificado de existencia y representación legal de **PNSA**, a partir del 23 de mayo de 2011 se configuró situación de control y grupo empresarial de **GLENCORE** respecto de **PNSA** como sociedad controlada.

"Por la cual se archiva una investigación"

- Tanto en la conducta de **PNSA** como de **PRODECO**, la Delegatura manifestó haber demostrado la intencionalidad de dichos agentes encaminada a convertir **PUERTO NUEVO** en un puerto de uso exclusivo de **PRODECO**.

5.4. En relación con los comportamientos de las personas naturales vinculadas a los agentes de mercado investigados

- La Delegatura demostró que ocho (8) de las diez (10) personas naturales a las que se les abrió investigación participaron en la conducta. Su participación se dio a través de la autorización, ejecución, facilitación, tolerancia o colaboración en las conductas desplegadas por las sociedades investigadas.
- Sin embargo, encontró que de esas ocho (8) personas naturales, respecto a dos (2) de ellas caducó la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.
- Por este motivo, el Informe Motivado recomienda sancionar a seis (6) personas naturales y archivar la investigación respecto de cuatro (4).

SEXTO: Que conforme a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes, dentro del término establecido para tal fin, presentaron sus observaciones al mismo¹⁷, cuyos argumentos se resumen a continuación:

6.1. Argumentos planteados por PNSA y PRODECO

- En septiembre de 2007 el Gobierno colombiano declaró que el puerto privado de **PRODECO**, en Santa Marta, solo podría seguir operando hasta el 2009, momento en que terminaba su concesión. A partir de ahí, el Gobierno no le dejó a **PRODECO** otra opción razonable que construir un puerto de servicio público.
- **PUERTO NUEVO** fue concebido y estructurado de una manera "*sui generis*", con referencia a las necesidades de exportación de carbón de aquellos productores que participaron como inversionistas en su construcción y operación.
- La concesión no fue entregada para su administración a un "*tercero neutral*", sino a sus mismos accionistas. Dado que la mayoría de interesados presentaron su retiro del proyecto, finalmente el mismo fue construido por el **GRUPO PRODECO**.
- Dentro de las labores de **PNSA** como operador no estaba la de buscar posibles usuarios para acceder al puerto. Por el contrario, su labor se limitaba a la prestación de servicios portuarios para la exportación de carbón a los usuarios que habían suscrito un contrato *Take or Pay* para la construcción del puerto.
- Los contratos *Take or Pay* correspondían al mecanismo ideado conjuntamente con el Gobierno colombiano para lograr la viabilidad financiera de la infraestructura. Esto estuvo establecido desde el otorgamiento de la concesión.
- La capacidad de **PUERTO NUEVO** siempre estuvo ligada al volumen garantizado para exportación de carbón y los compromisos *Take or Pay* adquiridos por los usuarios. **PRODECO** no tuvo ninguna injerencia en la determinación de la capacidad del puerto.
- El puerto no fue concebido ni puede operar como una facilidad sobredimensionada a la espera de nuevos usuarios. El proyecto siempre estuvo planeado con 3 fases (sin que se hubiera establecido fechas específicas de cumplimiento para cada una de ellas), por lo cual **PUERTO NUEVO** se diseñó y construyó con una infraestructura básica inicial que permite lograr una capacidad de hasta 60

¹⁷ Folios 6929 a 7179 del cuaderno público No. 30 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

millones de toneladas (MTA). Lo anterior, toda vez que se construyó con una estructura modular que permite los incrementos de capacidad dentro de cada una de las fases, en caso de existir requerimientos de terceros.

- El Gobierno Nacional, a través de **MINTRANSPORTE**, fue claro respecto a que el puerto se desarrollaría en 3 fases, sin especificar fechas de cumplimiento, pero sí con sujeción a la existencia de demanda de capacidad, la cual estaría respaldada con compromisos *Take or Pay* que permitieran asegurar la viabilidad financiera de la prestación del servicio portuario de exportación de carbón en las distintas fases.
- No puede pretenderse que **PNSA** se encuentre obligado a volverse ineficiente, al construir una capacidad sobrante para que accedan terceros, cuando en un principio nunca existió la obligación de construir la capacidad sobrante para terceros.
- Por medio de la Resolución 418 de 2017 de la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante "**ANI**"), modificada por la Resolución 1109 de 2018 y aclarada por la Resolución 2276 del 14 de diciembre de 2018, en desarrollo de una solicitud de modificación del plan de inversiones formulada por **PNSA**, el Gobierno (a través de la **ANI**) estableció la obligación para **PUERTO NUEVO** de realizar inversiones en un término máximo de 3 años para alcanzar una capacidad de 32 millones de toneladas.
- A pesar de que en la actualidad existe una capacidad disponible en **PUERTO NUEVO** de aproximadamente 1,3 millones de toneladas, **PNSA** no ha recibido solicitudes de acceso por parte de productores o comercializadores de carbón.
- El Informe Motivado modificó la definición del mercado relevante inicialmente establecido en la Resolución de Apertura de Investigación y definió un nuevo mercado relevante compuesto por dos actividades conexas (la vía férrea y el puerto).
- La Delegatura incluyó dentro de la definición del mercado producto el servicio de transporte doméstico (vía férrea) y no únicamente el del servicio portuario público. Sin embargo, no tuvo en cuenta que no puede haber dominancia sobre un mercado donde **PNSA** no tiene ninguna injerencia, pues no controla ni tiene participación directa en **FENOCO**, concesionaria de la vía férrea.
- Por otro lado, no se tuvo en cuenta que el servicio de transporte interno de carbón mediante las vías férreas y el servicio portuario para la exportación del mineral son servicios diferentes y complementarios, toda vez que ambos son necesarios para poder exportar carbón desde las minas de Cesar. Al ser servicios complementarios, estos no compiten entre sí.
- Adicionalmente, quedó demostrado que otros exportadores, como **CNR**, fueron capaces de realizar exportaciones por otros puertos del país, pero haciendo uso de la línea férrea de **FENOCO**. En este sentido, debe decirse que la complementariedad entre la línea férrea y los servicios portuarios no es necesaria, por lo cual no pueden ser parte del mismo mercado.
- Se demostró que para los usuarios de los puertos sí existen puertos sustitutos de **PUERTO NUEVO**, los cuales incluso fueron utilizados en otras oportunidades. Adicionalmente, no se demostró si un aumento de los precios de los servicios del puerto hubiere originado una mayor demanda en otros puertos de exportación de carbón o no, para comprobar si dichos puertos sí pertenecen al mismo mercado relevante.
- La definición del mercado geográfico es "*erróneamente*" restringida y excluye otros puertos que han sido y podrían ser empleados por terceros exportadores de carbón del país.
- En el Informe Motivado se manifiesta que el mercado relevante queda acotado entre abril de 2013 y abril de 2017, momento en el que se suscribió el contrato *Take or Pay* que permitió el ingreso de

“Por la cual se archiva una investigación”

CNR a PUERTO NUEVO. No obstante, no se tuvo en cuenta que en 2016, **CNR** y **PRODECO** suscribieron un contrato de compraventa de carbón.

- Los elementos que caracterizan la posición dominante son la posibilidad de determinar precios y excluir competidores de manera independiente, sin consideración a clientes o usuarios. Sin embargo, a lo largo del proceso, se demostró que **PNSA** no puede comportarse de manera independiente, debido a la fuerte supervisión estatal que le impide fijar tarifas y fijar políticas de acceso.
- **PUERTO NUEVO** está supervisado por la Superintendencia de Puertos y Transporte (en adelante “**SUPERTRANSPORTE**”) y adicionalmente por la **ANI**, en relación con el cumplimiento del contrato de concesión portuaria. Además, dicha supervisión no es simplemente teórica. Como prueba de lo anterior se tiene que el proceso de preparación, implementación y ejecución del plan de mejoramiento de la capacidad de **PNSA** fue iniciado y terminado bajo la supervisión de **SUPERTRANSPORTE**.
- En el presente caso la Delegatura no logró establecer cómo **PUERTO NUEVO** o **PRODECO**, por medio de la conducta supuestamente anticompetitiva, lograron salir beneficiados en el mercado internacional del carbón o cualquier otro eslabón de la cadena de valor asociada.
- Respecto a las supuestas prácticas explotativas, **PUERTO NUEVO** no tiene libertad de escogencia de precios para explotar a los competidores que quieran hacer uso del puerto, por ejemplo, mediante tarifas exageradamente altas. Por otro lado, respecto a las prácticas “*exclusivas*”, no se tuvo en cuenta que no tiene sentido económico tratar de bloquear el acceso al puerto si con dicho bloqueo no se logra que el producto sea más escaso en el mercado, inflando el precio artificialmente e impactando positivamente en el beneficio de la empresa dominante, lo cual no se iba a conseguir en este caso.
- Si se tienen en cuenta todas las opciones que otros jugadores del mercado, como **CNR**, tuvieron previamente y durante los hechos investigados por la Delegatura, se puede ver que ni **PRODECO** ni **PUERTO NUEVO** bloquearon el acceso a los mercados internacionales de carbón.
- La Delegatura concluye que **PNSA** habría abusado de su posición de dominio al desnaturalizar la naturaleza pública de **PUERTO NUEVO**. No obstante, esta conclusión se da toda vez que se confunde lo que es el diseño del puerto y los periodos de ajuste propios de una infraestructura de las dimensiones del mismo.
- El diseño del puerto fue acorde con las condiciones de la concesión, tal y como puede evidenciarse de los mismos documentos de la firma *Sandwell Engineering Inc.* empresa encargada de ejecutar el diseño de **PUERTO NUEVO**.
- La Delegatura no tiene en cuenta que si no se tenía claridad desde el principio sobre cuál sería la dimensión del proyecto y sobre si se tendría carga que le permitiera a la sociedad portuaria recuperar su inversión, no hubiera sido posible obtener financiación nacional o internacional para la construcción del puerto.
- **PNSA** ya realizó todas las inversiones que contractualmente tenía que hacer por virtud del contrato de concesión, tal y como quedó demostrado en el dictamen pericial practicado por Alonso Castellanos, aportado al Expediente.
- Incluso, **SUPERTRANSPORTE**, en Acta de Visita del 27 de octubre de 2016, concluyó que **PNSA** logró los indicadores de eficiencia operacional que le permiten a **PUERTO NUEVO** tener una capacidad de cargue efectiva para la movilización razonable de carga de carbón de 25.7 millones de toneladas por año aproximadamente.

"Por la cual se archiva una investigación"

- En la construcción de **PUERTO NUEVO**, siguiendo los diseños de *Sandwell Engineering Inc.*, **PNSA** invirtió en una infraestructura básica que le permitiría, de ser necesario, colocar nuevos módulos y máquinas para llevar a cabo la expansión del puerto.
- Hasta la fecha, no hay ninguna solicitud que se haya presentado que permita llegar a la fase 2 por razón de la demanda de potenciales usuarios por capacidad disponible para exportación de carbón en el puerto.
- El objetivo inicial de **PNSA**, desde el comienzo de operaciones en el 2013, fue honrar sus compromisos de Volumen Garantizado con sus inversionistas iniciales (usuarios *Take or Pay*) con referencia a la capacidad disponible del puerto en ese momento (21.4 millones de toneladas). En un segundo momento, y una vez iniciada y estabilizada la operación del puerto, se llevaron a cabo todas las actividades requeridas para asegurar el eficiente funcionamiento del puerto de manera que se lograra el aumento de la capacidad disponible para atender múltiples usuarios.
- La serie de correos "enrostrados" por la Delegatura en el Informe Motivado, solo hacen referencia a que mientras no se asegurara un funcionamiento eficiente del puerto, que permitiera el aumento de la capacidad disponible, no se podía recibir a terceros.
- La infraestructura planeada para atender las necesidades del carbón no puede construirse sin una carga garantizada. Además, la Delegatura no tuvo en cuenta que una empresa que pretenda exportar carbón debe tener resuelta toda la cadena de valor.
- Se demostró dentro del proceso que para calcular la capacidad del puerto en un momento dado, deben considerarse múltiples factores como demoras en el descargue, la "rata" efectiva de los equipos del puerto, mal clima, entre otros.
- Quedó demostrado que desde el primer día de operación del puerto, **PNSA** ha venido implementando planes de mejora para aumentar la eficiencia de la operación.
- La Política de Acceso a **PUERTO NUEVO** fue impuesta por la ley y corresponde a (i) la aprobada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el trámite de integración; (ii) la estudiada en múltiples reuniones con la **SUPERTRANSPORTE**; y (iii) la recomendada por expertos internacionales.
- Respecto a las condiciones restrictivas establecidas en la Política de Acceso, así como las condiciones que supuestamente representaron desincentivos para las solicitudes de acceso al puerto, la Delegatura no tuvo en cuenta que en términos generales se trataba de políticas acorde a la estructura del proyecto. Además, varias de ellas fueron modificadas a partir del 21 de agosto de 2014. Adicionalmente, hay una carencia de sustento probatorio que permita determinar que en efecto se desincentivó a los terceros a solicitar acceso al puerto.
- De las solicitudes de acceso de terceros a **PUERTO NUEVO**, a las que hace referencia el Informe Motivado, ninguna cumplía con los requisitos concebidos para el funcionamiento del puerto.
- Existen elementos adicionales a la supuesta negativa para usar **PUERTO NUEVO**, que explican la disminución de la producción de las minas de diferentes exportadores de carbón.
- La Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado en el pasado que para la aplicación del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 debe probarse una efectiva obstrucción a los mercados o canales de distribución. Lo anterior no ocurrió en el caso concreto, donde la Delegatura, además de partir de una errónea delimitación del mercado, se basó en supuestas intenciones de los investigados.

“Por la cual se archiva una investigación”

- Se presentó una indebida imputación a **PRODECO**, pues no se tuvo en cuenta que esta última y **PNSA** se encuentran integradas y, por lo tanto, bajo el régimen de libre competencia, son una misma empresa.
- Esta Superintendencia se encuentra juzgando a **PRODECO** por actuar como un “administrador de hecho”. En este sentido, su conducta debería ser analizada en virtud del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y no del artículo 25 de la misma norma. No obstante, aun así no es posible encontrar a **PRODECO** responsable, toda vez que su conducta no se adecúa a ninguno de los verbos rectores establecidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- **PRODECO** no implementó ningún sistema anticompetitivo. Por el contrario, se ciñó al cumplimiento de la oferta oficiosa y del contrato de concesión. Adicionalmente, el diseño, la construcción y operación del puerto fueron hechos con base en los informes presentados por expertos contratados por **PNSA**, en los cuales **PRODECO** no tuvo ninguna injerencia.
- Ni **SUPERTRANSPORTE** ni la **ANI** han sancionado hasta la fecha a **PNSA** por infringir la normatividad sectorial o el contrato de concesión.
- No puede entenderse por “Acceso Universal” al puerto una expropiación de la capacidad garantizada de **PRODECO**. Igualmente, el hecho que se trate de un puerto público no significa que el mismo debió haberse construido de manera sobredimensionada.
- La Delegatura violó el derecho de defensa de los investigados al ampliar el período objeto de investigación y la imputación.
- No se reconoció la presunción de inocencia de los investigados y se invirtió la carga de la prueba para suplir las falencias probatorias de la Delegatura respecto a la definición del mercado y los efectos de la supuesta conducta anticompetitiva.
- La recusación presentada contra el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia vicia de nulidad la actuación, toda vez que se demostró que este funcionario perdió la imparcialidad en este caso.

6.2. Argumentos planteados por GARY NAGLE

- Debe declararse la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que está demostrado que el investigado estuvo vinculado como representante legal de **PRODECO** únicamente hasta el 2013.
- La Delegatura comete un error al afirmar que **GARY NAGLE** estuvo vinculado desde 2013 a la División de Metales de **PRODECO** (división que no existe en la compañía), cuando de las pruebas que obran en el Expediente se desprende claramente que estaba vinculado era a la División de Metales de **GLENCORE**.
- Para declarar la responsabilidad de personas naturales, debe acreditarse que la persona tenía pleno conocimiento de la conducta y que la misma encaja en uno de los verbos rectores del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- La presunción de responsabilidad de los administradores prevista en la Ley 222 de 1995 no se aplica a la responsabilidad personal consagrada en la Ley 1340 de 2009.
- La Delegatura no probó que **GARY NAGLE** tuviera pleno conocimiento o un conocimiento consciente de estar ejecutando una conducta anticompetitiva. Por otro lado, y en virtud de la presunción de inocencia que debe garantizar el derecho administrativo sancionatorio, el Superintendente de Industria y Comercio debe valorar debidamente el acervo probatorio que obra

“Por la cual se archiva una investigación”

en el Expediente para determinar si la presunta conducta que se imputó a **GARY NAGLE** fue probada con suficiencia.

- No hay pruebas que demuestren que **GARY NAGLE** tuviera consciencia de la comisión de ningún acto restrictivo.
- La conducta imputada por la Delegatura es atípica, toda vez que se hizo mención únicamente a una “determinación activa” por parte de las personas naturales, más no a ninguno de los verbos rectores establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

6.3. Argumentos planteados por **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA**

- El Superintendente de Industria y Comercio debe acoger la recomendación hecha por la Delegatura respecto a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad en la investigación contra **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA**.
- Las conductas tipificadas por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 tienen una temporalidad precisa y determinada, como es el momento en que el investigado realiza las acciones previstas en los verbos rectores contenidos en la norma.
- **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA** estuvo vinculado laboralmente con **PRODECO** hasta el 11 de julio de 2014, fecha en que cesó su actividad con dicha sociedad y dejó de participar en la Junta Directiva de **PNSA**. Por lo tanto, cualquier acción en su contra se encuentra caducada.
- El Informe Motivado reconoce la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio y por tanto recomienda archivar la investigación.
- No obran pruebas en el Expediente que demuestren, más allá de duda razonable, que **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA** colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró las conductas violatorias del régimen de libre competencia investigadas.
- **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA** se vinculó como asesor jurídico a la compañía una vez **PUERTO NUEVO** ya se había construido, por lo cual su participación se limitó a dar opiniones jurídicas, incorporación en los textos legales de lo manifestado por los técnicos de la compañía y la representación ante autoridades. De esta forma, no tuvo injerencia en la parte financiera, técnica u operativa del puerto.
- Además, quedó demostrado que no participó en sesiones de la Junta Directiva de **PNSA** en que se hubieren debatido asuntos operativos del puerto.

6.4. Argumentos planteados por **ABRAHAM SMIT, DARREN LEIGH THOMPSON, FREDERICK WILLIAM SMITH, MARK JOHN MCMANUS y TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA**

- Para declarar la responsabilidad de personas naturales, debe acreditarse que la persona tenía pleno conocimiento de la conducta y que la misma encaja en uno de los verbos rectores del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- La presunción de responsabilidad de los administradores prevista en la Ley 222 de 1995 no se aplica a la responsabilidad personal consagrada en la Ley 1340 de 2009.
- Los investigados se limitaron a cumplir con sus obligaciones ante las diferentes entidades estatales respecto a la presentación de una política de acceso al puerto y realizar las modificaciones que fueran necesarias.

“Por la cual se archiva una investigación”

- Todas las actuaciones de los investigados estuvieron encaminadas a cumplir la ley, por lo cual no es posible presumir que eran conscientes o tenían conocimiento de la realización de una conducta anticompetitiva.
- La Delegatura imputó cargos a las personas naturales en cuestión por una “participación activa” y “determinación activa”, lo cual no corresponde a ninguno de los verbos rectores establecidos en la ley. En este orden de ideas, se generó una indebida imputación.
- La responsabilidad de las personas naturales es independiente a la de las empresas. Es decir, las personas naturales son una categoría de colaboradores de conductas cometidas por otros y, en este sentido, se les debe juzgar por su propio comportamiento de manera independiente.
- Respecto a **ABRAHAM SMIT**, la Superintendencia de Industria y Comercio formuló cargos por la sola circunstancia de haber ejercido el rol de vicepresidente financiero y suplente del presidente de **PRODECO** y, a su vez, representante legal de **PNSA**. No obstante, por un lado, las pruebas que obran en el Expediente no son suficientes para declarar su responsabilidad y, por el otro lado, de todas formas darían cuenta de un comportamiento sobre el cual ya habría caducado la acción de esta Superintendencia.
- Las pruebas que obran en el Expediente contra **DARREN LEIGH THOMPSON** no son suficientes para declarar su responsabilidad. Por el contrario, la Delegatura no demostró en ningún momento ni de ninguna forma que su contribución con la Política de Acceso del puerto y demás funciones hubiera tenido relación con algún aspecto distinto o tema diferente a requerimientos meramente técnicos.
- La Delegatura recomienda sancionar a **DARREN LEIGH THOMPSON** sin especificar en qué colaboró, autorizó o toleró, haciendo una imputación imprecisa y que no permite una adecuada defensa. De todas formas, los reproches de esta Superintendencia recaen sobre conductas que tuvieron lugar hace más de cinco (5) años, por lo cual la acción de la Superintendencia de Industria y Comercio estaría caducada.
- Respecto a **FREDERICK WILLIAM SMITH**, la imputación en su contra tiene sustento por haber sido miembro de la Junta Directiva de **PRODECO** y suplente de la Junta Directiva de **PNSA**. No obstante, las pruebas que obran en el Expediente no son suficientes para establecer su responsabilidad.
- Como miembro de la Junta Directiva de **PRODECO**, **FREDERICK WILLIAM SMITH** no ejerció sus funciones en ninguna decisión en la que se hayan debatido cuestiones relacionadas con la Política de Acceso o la capacidad del puerto. De todas formas, cualquier reclamo se genera sobre conductas que tuvieron lugar hace más de cinco (5) años, por lo cual la acción de la Superintendencia de Industria y Comercio estaría caducada.
- Respecto a **MARK JOHN MCMANUS** la imputación en su contra tiene sustento por haber sido presidente y miembro de la Junta Directiva de **PRODECO** y de la Junta Directiva de **PNSA**. No obstante, las pruebas que obran en el Expediente no son suficientes para establecer su responsabilidad.
- Contrario a las especulaciones basadas en indicios o apreciaciones subjetivas de la Delegatura, quedó demostrado en el Expediente que **MARK JOHN MCMANUS** no participó en la determinación de la capacidad práctica del puerto ni contribuyó a la construcción de un puerto que limitaría su capacidad a las necesidades de una sola compañía. Adicionalmente, cualquier reclamo se genera sobre conductas que tuvieron lugar hace más de cinco (5) años, por lo cual la acción de la Superintendencia de Industria y Comercio estaría caducada.
- Respecto a **TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA**, la Delegatura imputó cargos por haber ejercido las funciones de miembro suplente de la Junta Directiva de **PRODECO** y, a su vez, Representante

"Por la cual se archiva una investigación"

Legal suplente de PNSA. No obstante, las pruebas que obran en el Expediente no son suficientes para establecer su responsabilidad.

- En el caso de **TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA**, es claro que la Delegatura no satisfizo el estándar de prueba requerido para concluir y declarar la responsabilidad que le asistiría, toda vez que, como se demostró, no tuvo participación alguna en la determinación de la capacidad del puerto ni en el acceso de terceros al mismo.

6.5. Argumentos planteados por CHRISTOPHER IAN PHILLIPS, MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ y NICOLÁS GÓMEZ OLARTE

- Se deben acoger las recomendaciones del Informe Motivado de archivar la presente actuación en relación con **CHRISTOPHER IAN PHILLIPS, MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ y NICOLÁS GÓMEZ OLARTE**.
- Respecto a **CHRISTOPHER IAN PHILLIPS**, si se verifica que efectivamente se encuentra desvinculado de las empresas investigadas desde hace más de 6 años, no existe motivo alguno para que la actuación continúe. No obstante, la Delegatura no probó tampoco en la investigación que **CHRISTOPHER IAN PHILLIPS** hubiere colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conducta alguna restrictiva de la libre competencia.
- Respecto a **MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ y NICOLÁS GÓMEZ OLARTE**, tal y como se manifiesta en el Informe Motivado, no existen pruebas que puedan corroborar la imputación inicialmente hecha, por lo que debe acogerse la recomendación hecha por la Delegatura de archivar la investigación en su contra.

SÉPTIMO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

7.1. Derecho a la libre competencia económica

El derecho a la libre competencia económica se encuentra establecido en el artículo 333 de la Constitución Política como un derecho de tipo colectivo. Este artículo establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, siendo posible la intervención del Estado para evitar que la libre competencia se obstruya o se restrinja por parte de los agentes en detrimento del mercado y los consumidores. En este sentido, además de ser un derecho es un deber a través del cual se imponen restricciones a los agentes de mercado y a las personas naturales vinculadas a ellos; deberes que están encaminados a que estos cumplan la ley. Bajo esta óptica, algunas de las obligaciones que surgen para los particulares en el ejercicio de la libre empresa son aquellas relacionadas con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos o **actos de naturaleza unilateral como el abuso de posición dominante en el mercado**, entre otras conductas.

A partir del artículo 333 de la Constitución Política se edifica el régimen de la libre competencia económica, cuyo propósito no es otro distinto al de proteger el modelo de economía social de mercado establecido por el constituyente de 1991. Respecto a este modelo económico la Corte Constitucional ha establecido que:

*"[E]l Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, **la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general**". De acuerdo con lo anterior, el texto*

“Por la cual se archiva una investigación”

constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia”¹⁸
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, a través de la intervención que el Estado realiza en la economía se busca garantizar y cumplir con la protección del interés general. Protección que, en el caso de la libre competencia económica se encuentra a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de Autoridad Nacional de Competencia (artículo 6 Ley 1340 de 2009), lo cual se traduce en que es la Entidad encargada de velar por el estricto cumplimiento de la ley en desarrollo de sus funciones de inspección, vigilancia y control. En el ejercicio de esas funciones, esta Superintendencia tiene un marco normativo específico, el cual está integrado por la Ley 155 de 1959, el Decreto Ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y los Decretos 4886 de 2011 y 1523 de 2015, entre otros. Estas normas jurídicas buscan garantizar tres propósitos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica (artículo 2 de la Ley 1340 de 2009). Al respecto la Corte Constitucional ha referido que:

*“En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC “conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia”; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el **Decreto 4886 de 2011**”¹⁹*
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior se desprende que la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad encargada de verificar el estricto cumplimiento de la Ley en lo que a libre competencia atañe, función que cumple a través de un proceso administrativo sancionatorio regulado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012; proceso que debe cumplirse de conformidad con lo establecido en el CPACA y el CGP. En otras palabras:

*“Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el **Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011** que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”²⁰* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Además, debe tenerse en cuenta que la función sancionatoria adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, busca preservar valores superiores establecidos en la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que:

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

“Por la cual se archiva una investigación”

*“Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia.** Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta”²¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Ahora, esta intervención en los mercados que realiza la Autoridad de Competencia se hace con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en la medida en que, la libre competencia tiene dos dimensiones, las cuales se proyectan frente a las empresas como tal y por el otro lado respecto de los consumidores y comunidad en general. Frente a esto la Corte Constitucional ha indicado que:

“[L]a libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”²².

En consecuencia, la protección de la libre competencia económica garantiza el correcto desarrollo de la economía social de mercado dentro del Estado colombiano, esto a favor del interés general, buscando cumplir los propósitos de la libre participación de empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, siendo la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad encargada de garantizar la efectividad de ese derecho constitucional.

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para todos los ciudadanos y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las naciones con mercados domésticos con importantes niveles de competencia, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en las que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia²³.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante “OCDE”):

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

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

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001.

²² Corte Constitucional, sentencia C-172 de 2014.

²³ Consejo Privado de Competitividad: “Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia”. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, “Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.

“Por la cual se archiva una investigación”

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

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios”²⁴.

En efecto, como ya ha sido mencionado, la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

Pero estos beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas comprenden los carteles empresariales y **los actos de abuso de posición dominante en el mercado**.

7.2. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio

El numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, establece que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene como función “[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

A su vez, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²⁵ señala que una de las funciones del Superintendente de Industria y Comercio es “[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

²⁴ OCDE, “Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia”. Octubre de 2014, p. 2 y 3.

²⁵ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se archiva una investigación"

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia (artículo 6 de la Ley 1340 de 2009) y en tal virtud "[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

Finalmente, según lo señalado por los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 11 y 12 del artículo 3 *ibídem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

En este sentido, es la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad competente para adelantar los procesos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia.

7.3. Marco Normativo

En la Resolución No. 5832 de 2016 se ordenó la apertura de la investigación en contra de **PNSA** y **PRODECO** por la presunta infracción de lo dispuesto en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 respectivamente, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 50. Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

2. *La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.*

(...)

6. *<Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".*

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 establece lo siguiente:

"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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".

7.4. Caso Concreto

En la presente actuación administrativa se formularon cargos contra los investigados que, en esencia, consistieron en un presunto abuso de posición de dominio por parte de **PNSA** al haber obstruido la entrada de terceros a **PUERTO NUEVO**, estando supuestamente obligado a ello en virtud de su carácter de puerto público. Con dicha conducta habría infringido los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, se imputó a **PRODECO** infringir la prohibición general de competencia dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por haber ejercido una influencia decisiva para que **PNSA** realizara la conducta constitutiva de abuso de posición dominante mencionada.

“Por la cual se archiva una investigación”

De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el Expediente, este Despacho no acogerá las recomendaciones de la Delegatura de sancionar a los investigados, toda vez que se advirtió que el mercado relevante expuesto en la Resolución de Apertura de Investigación no estuvo correctamente definido. Esta circunstancia, como se explicará en detalle, automáticamente invalida los análisis posteriores sobre posición dominante y el eventual abuso de la misma, por cuanto una adecuada definición del mercado relevante es presupuesto esencial en las actuaciones administrativas relacionadas con conductas unilaterales de abuso de posición dominante (artículo 50 del Decreto 2153 de 1992). La anterior situación exige archivar la investigación, decisión que se encuentra ampliamente soportada en la doctrina y jurisprudencia internacional y en la propia posición adoptada por esta Superintendencia en casos anteriores.

A continuación se presentará una explicación inicial de las circunstancias particulares que rodearon la estructuración y construcción de **PUERTO NUEVO**, para pasar a exponer el análisis de mercado relevante realizado por el Despacho con fundamento en las pruebas obrantes en el Expediente, a partir del cual se concluye que el mercado relevante para el presente caso no estuvo correctamente definido.

7.4.1. Sobre la estructuración y construcción de PUERTO NUEVO – Antecedentes y circunstancias particulares

En orden cronológico se presentarán los diferentes momentos y circunstancias que rodearon la estructuración y construcción de **PUERTO NUEVO**, así como el análisis de los actos administrativos proferidos en el marco de dicho proyecto, con el fin de ofrecer una perspectiva idónea que permita comprender la verdadera naturaleza de las diferentes obligaciones adquiridas por la sociedad portuaria **PNSA**.

Así bien, se encontró como primer antecedente de la construcción de **PUERTO NUEVO** el Documento CONPES 3345 del 14 de marzo de 2005 (en adelante “CONPES 3345 de 2005”), por medio del cual se estableció la “Misión” de:

*“Alcanzar un desarrollo equilibrado y sostenible de los puertos colombianos, **con la eficiente explotación de la infraestructura pública, la óptima vinculación de capital privado en el desarrollo del sector** y la adecuada protección de las zonas de uso público y los recursos ambientales existentes, **asegurando la mejora continua de los niveles de eficiencia, así como el aumento de la competitividad del sector facilitando el comercio exterior y generando crecimiento económico para el país**”²⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Como consecuencia de lo anterior, el 20 de septiembre de 2007 el Gobierno Nacional, mediante la Comunicación 43 de 2007, informó a la opinión pública la toma de diferentes decisiones relacionadas con la exportación de carbón en la zona de Santa Marta, dentro de las cuales se encontraba la terminación de la concesión otorgada al **PUERTO PRODECO**²⁷ para el año 2009²⁸.

Adicionalmente, y en virtud de las estrategias acordadas para el efectivo aumento de la competitividad del sector portuario establecidas en el mencionado CONPES 3345 de 2005, el **MINTRANSPORTE**, por medio de la Resolución No. 5369 del 10 de diciembre de 2007 (en adelante “Resolución No. 5369 de 2007”), declaró como zona de interés público, para fines portuarios, la siguiente área en el municipio de Ciénaga, Magdalena:

“Una zona de playa de una extensión de 800 metros desde la coordenada del límite de la concesión portuaria otorgada a la Sociedad Portuaria de Ciénaga S.A. y hasta la desembocadura del río Toribio y desde esta hasta el límite de la concesión portuaria otorgada

²⁶ Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3345.pdf>

²⁷ Hasta el primer trimestre de 2013, **PRODECO** utilizaba su puerto privado **PUERTO ZUÑIGA**, también denominado **PUERTO PRODECO**, ubicado en Santa Marta, Magdalena.

²⁸ Ver: <http://historico.presidencia.gov.co/comunicados/2007/43.html>

"Por la cual se archiva una investigación"

a la Sociedad American Port Company Inc., en una extensión de 1.100 metros aproximadamente, (...) que comprende además las playas y zonas de bajamar y las zonas de maniobra necesarias"²⁹.

En dicho acto administrativo, se determinó que en la mencionada zona sería desarrollado un proyecto portuario, impulsado por el Gobierno Nacional y cuya concesión sería entregada a través de un proceso de selección contractual que adelantaría el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (hoy ANI).

De esta forma, el MINTRANSPORTE invitó el 16 de enero de 2008, a través de un diario de amplia circulación, a una reunión que tendría lugar el 18 de enero del mismo año y cuyo objeto era dar a conocer a los exportadores de carbón, el proyecto encaminado a la construcción de un nuevo puerto público destinado a exportación de carbón en la zona anteriormente delimitada para los usuarios que lo requirieran.

Imagen No. 1: Convocatoria a participar en reunión para la presentación del proyecto de construcción de PUERTO NUEVO



Miércoles 16 de enero de 2008 / EL NUEVO SIGLO

OS

grar que sus candidatos al Congreso fueran elegidos. La Fiscalía determinó, por lo tanto, que un alto porcentaje de los votos que tuvo a su favor, fueron obtenidos de manera ilegal y presionando al electorado.

que el ex senador había especificado ante los miembros de la Comisión de la Convención y que demostraría que él había votado en Colombia Viva.

Cabe recordar que el ex congresista de Atlántico fue detenido en febrero del año pasado por orden del Alto

mensajes vía chat entre Edgar Ignacio Fierro Flórez, alias 'Don Antonio', mano derecha del ex jefe del Bloque Norte de las autodefensas y Carlos Mario García Ávila, alias 'Gonzalo', jefe político del mismo, en momentos en que hablaban sobre la repartición de votos para las elecciones de Congreso.

No obstante, parece que según el testigo, Maloof resultó siendo uno de los mayores beneficiarios de la repartición electoral que el ex jefe paramilitar realizó a mediados de 2006 para lo-



República de Colombia
MINISTERIO DE TRANSPORTE



MINISTERIO DE TRANSPORTE

INVITACIÓN PÚBLICA

Puerto de Carbón en Ciénaga (Magdalena)

El Ministerio de Transporte invita a las personas naturales o jurídicas cuya actividad sea la explotación y exportación de carbón, a una reunión que se realizará este viernes 18 de enero a las 8:30 a.m., en el Auditorio Modesto Garcés de la Entidad, avenida Eldorado CAN, Bogotá.

La audiencia tiene por objeto dar a conocer un proyecto de puerto de servicio público destinado a la exportación de carbón, el cual promoverá y liderará el Gobierno Nacional para los usuarios que lo requirieran.

RECORRIDO DE VIA SENTIDO NOR OCCIDENTE

CARRERA 119 - CALLE ORTIZ (AVENIDA CARRERA 154) - CARRERA 110 - CALLE 72 - CARRERA 77A - AVENIDA CALLES 800 - 701 - AVENIDA JOSÉ CELESTINO MUTIS - EDUCARISTO (AVENIDA CARRERA 60) - ALBERTO LLERAS - CÁMERA - CARRERA 13 - CALLE 26 - CARRERA 4 - CARRERA 3 - CALLE 20 - CALLE 19A - CIRCUNVALAR - CALLE 7 - CARRERA 6 - TRANSVERSAL 2A - CALLE 24A SUR - CALLE 25 SUR - TRANSVERSAL 3A - TRANSVERSAL 7 ESTE - TERMINAL (70A)

RECORRIDO DE VIA SENTIDO SUR ORIENTE - NOR

CALLE 24A SUR - TRANSVERSAL 7 ESTE - SUR - CARRERA 5 ESTE - CALLE 25B - CARRERA 5 ESTE - TRANSVERSAL 3A - 24A SUR - TRANSVERSAL 2A - CALLE CAMARADO (AVENIDA CARRERA 7) - TRANSVERSAL 22 - CALLE 54A SUR - SANTANDER (AVENIDA CARRERA 20) - DEL CONGRESO EDUCARISTOS (AVENIDA MUTIS) (AVENIDA CALLE 80) - AVENIDA CALLE 53 - CARRERA 77A - CALLE 750 - CARRERA 112A - CALLE 114 - CALLE 82 - CARRERA 119B - CARRERA 119)

Transmisión de voz y datos habilitada. Servicio para que los usuarios que se conectan, de conformidad con el Decreto 170 de 2005.

Fuente: Folio 1239 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

Por medio de la Resolución No. 126 del 17 de enero de 2008 (en adelante "Resolución No. 126 de 2008"), el MINTRANSPORTE convocó a todas las personas dedicadas a la explotación y exportación de carbón en Colombia y que estuvieran interesadas en formar parte de una sociedad portuaria para la promoción, financiación, realización de estudios, construcción, administración y operación de un puerto, destinado al servicio público, para el manejo de carbón directo en el municipio

²⁹ Folio 1236 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

de Ciénaga, Magdalena, específicamente en la zona de uso público identificada en la Resolución No. 5369 de 2007.

Al respecto, debe resaltarse que el artículo 4 de la Resolución No. 126 de 2008 estableció lo siguiente:

“Las personas interesadas, deberán enviar por escrito la intención de hacer parte de esta sociedad al Ministerio de Transporte, despacho del ministro, ubicado en la Avenida El Dorado, CAN 4 Piso, indicando la actividad específica dentro del proceso de explotación y exportación del carbón que son objeto de su actividad y las cantidades del material que estimarán transportar por el puerto, una vez terminada la etapa de construcción”³⁰
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

Nótese que lo anterior evidencia la intención del Gobierno Nacional de construir un puerto, de carácter público, que atendiera la capacidad de todos los exportadores de carbón para la época, dando cumplimiento a todos los requisitos ambientales y técnicos requeridos para entonces. En tal virtud, se realizaron las gestiones necesarias para conocer los potenciales usuarios que requerirían los servicios del puerto, de manera que atendiera la demanda actual del país. En este sentido, **JUAN JOSÉ PARADA HOLGUÍN**, vicepresidente jurídico de **MINERA TAYRONA** para la época de los hechos, dejó en evidencia que **PUERTO NUEVO** fue pensado como una facilidad para todos los exportadores de carbón, no solo de la costa Atlántica sino del centro del país:

“DELEGATURA: Uno de los puntos, como se le hizo mención del objeto, era la firma del memorando de entendimiento. Cuéntenos ¿qué sabe de eso, qué se acuerda? Ilústrenos un poco de la forma más detallada posible todo esto que usted pueda saber del memorando de entendimiento.

JUAN JOSÉ PARADA HOLGUÍN: Si apelando a mi memoria, bajo la consideración de lo que manifesté al inicio de la audiencia de que fue hace muchos años, fue un proyecto, o este memorando de entendimiento, bajo las funciones estrictamente legales que yo cumplía como vicepresidente jurídico, era la revisión de todos los documentos que las empresas del grupo suscribían en el desarrollo de sus actividades comerciales. **En ese orden de ideas ese memorando de entendimiento se suscribe producto de una invitación que es hecha por parte del Gobierno Nacional y en aquel entonces, a mi memoria apelando, un asesor del ministro de la época de transporte, el Dr. Andrés Uriel Gallego que en paz descanse, se acercó a los miembros, o a uno de los directivos, para ser más exactos del grupo empresarial, a efecto de manifestarle que una política pública del gobierno tendiente a llevar a cabo la aperturización (sic) de unos puertos públicos para la exportación de carbón y que el propósito de esa política pública era invitar a todos los carboneros del centro del país, principalmente a efectos de que pudieran concurrir a este proyecto de la construcción del puerto como tal de cargue directo en la zona de Ciénaga Magdalena.** Ese fue lo que recuerdo, y que era necesario firmar un memorando de entendimiento para ser parte del proyecto, bajo unas consideraciones legales. En consecuencia mis jefes, mi directiva en aquel entonces, me solicitan con mi equipo jurídico entrar a revisar toda esta serie de documentos; el memorando de entendimiento, las obligaciones que se venían. Porque se tomó la determinación, producto de ese escenario, de vincularse al proyecto como tal. Como pasó con otros carboneros, si mal no recuerdo en su momento. Eso fue básicamente lo que puedo recordar del tema Doctor³¹.

En virtud de lo anterior, trece (13) empresas exportadoras de carbón manifestaron su interés formal de participar en el proceso de construcción del nuevo puerto carbonífero. Para esto, y en cumplimiento de la Resolución No. 126 de 2008, todas ellas presentaron los volúmenes de carbón que estimaban posible exportar a través del puerto a construir y expresaron su voluntad de firmar contratos Take or Pay con el objetivo de garantizar dichos volúmenes de exportación.

³⁰ Folios 1237 a 1238 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

³¹ Folio 4106 del cuaderno Audiencias 1 del Expediente. Declaración **JUAN JOSÉ PARADA HOLGUÍN**. Carpeta “13291120-280717”. Archivo “0-2017-07-28 16-27-44-077”. Min: 08:27.

"Por la cual se archiva una investigación"

Al respecto, los contratos *Take or Pay* se entienden como acuerdos entre un comprador y un vendedor, por medio de los cuales el primero se obliga a pagar un monto mínimo de dinero por el producto o servicio a contratar, incluso si el mismo no es entregado. Este tipo de contratos es usualmente usado en la industria para respaldar la financiación de nuevas instalaciones³².

En el caso concreto, los contratos *Take or Pay* consistieron en que los exportadores de carbón se comprometían a exportar un volumen mínimo de carbón a través de **PUERTO NUEVO** y a pagar el valor correspondiente al mismo, independientemente de si en efecto exportaran dicha cantidad. Por su parte, el puerto se comprometía a garantizarles a dichos exportadores la capacidad de exportación manifestada.

De acuerdo con la información obrante en el Expediente, este tipo de contratos son comunes para la financiación de grandes infraestructuras como **PUERTO NUEVO**, pues se garantiza en este caso al puerto una demanda desde su entrada en operación. Al respecto, **CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ**, representante legal de la carbonera **MPX COLOMBIA S.A.**, manifestó lo siguiente:

"DELEGATURA: Cuando nos habló de "ofertar" ¿Uno cómo manifestaba su interés? para... nos está hablando de ofertar, ósea, ¿uno ofertaba de qué forma?"

CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ: La forma como se estructuró el proyecto, y que era realmente la que se utilizó en la mayoría de los proyectos de infraestructura de Colombia, y creo que en parte de todo el mundo, era con un contrato que se denomina un "Take or Pay", que básicamente uno si quiere participar señala cuántas cant... cuántas toneladas, en este caso de carbón, va a ocupar de esa infraestructura que se va a construir y uno se compromete y digamos que uno adquiere una especie de cupo. Uno dice "yo voy a participar con 5 millones de toneladas al año", y si las llevo bien y si no las llevo pues tengo que igual, digamos, pagar lo que corresponda por eso. Entonces, esa fue la estructura que se planteó y cada uno de los invitados pues señalaba cuantas toneladas quería o consideraba que podía utilizar de esa infraestructura que se iba a construir. Básicamente era así. Ósea como funciona FENOCO, como funciona la mayoría de los contratos de infraestructura de transporte a gas, de petrolero.... del país. Sino, pues no se puede hacer"³³.

Teniendo claro lo anterior, a continuación se presenta una tabla con las empresas que manifestaron al Gobierno su interés en el proceso y los volúmenes mínimos de exportación que estimaban de acuerdo a la Resolución No. 126 de 2008:

Tabla No. 2: Exportadores de carbón que manifestaron interés en participar en el proyecto de PUERTO NUEVO

Interesado	<i>Take or Pay</i> / Toneladas mínimas a exportar al año
C.I. Prodeco S.A.	15.000.000
Carbones de la Jagua S.A.	
Carbones El Tesoro S.A.	
Consortio Minero Unido S.A.	
C.I. Carbones del Caribe S.A.	7.000.000
Cementos Argos S.A.	4.000.000
Carbones de los Andes S.A.	300.000
C.I. Milpa S.A.	770.000
Carbones del Cesar S.A.	4.900.000
C.I. Invercoal Ltda.	1.800.000
MPX Colombia S.A.	8.500.000
Minera Tayrona S.A.	2.000.000

³² Traducción libre de Downes, John & Goodman, Jordan Elliot. *Dictionary of Finance and Investment Terms*. Séptima Edición. Barron's Educational Series, Inc. 2006.

³³ Folio 4090 del cuaderno Audiencias 1 del Expediente. Declaración **CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ**. Carpeta "13-291120-250717". Archivo "0-2017-07-25-11-16-33-110". Min: 29;47.

"Por la cual se archiva una investigación"

Interesado	Take or Pay / Toneladas mínimas a exportar al año
Carboveinte S.A.	2.000.000

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio³⁴.

Como puede observarse, todas las manifestaciones de interés presentadas incluían una oferta de contrato *Take or Pay*, pues el Gobierno Nacional estableció desde un principio que la financiación del proyecto se haría por medio de este tipo de contratos que garantizaban un volumen mínimo de exportaciones a través del nuevo puerto. Lo anterior fue manifestado en diferentes testimonios dentro del proceso, como por ejemplo el rendido por **TOMÁS HOLGUÍN MORA**, asesor jurídico externo de **PRODECO** en el proyecto de estructuración de **PUERTO NUEVO**:

"TOMÁS HOLGUÍN MORA: (...) Lo importante de este documento (Resolución No. 126 de 2008) es que la invitación dice 'Oiga, tengan presente señores exportadores cuánto carbón más o menos van a exportar'. Y un poco, creo yo, es importante mencionar esto desde el comienzo, es porque este puerto desde el primer momento se estructuró como un puerto *Take or Pay*. Es decir, señores exportadores de carbón, a mí me interesa como Gobierno saber usted cuánto carbón va a exportar. Y me interesa saber eso, porque dependiendo de usted cuánto carbón va a exportar de eso va a depender su participación en el proyecto y adicionalmente de eso va a depender la financiación del proyecto"³⁵.

Como consecuencia de lo anterior, el 12 de junio de 2008 los exportadores de carbón que manifestaron interés en el proyecto suscribieron el documento denominado "*Memorando de Entendimiento para la Constitución de la Sociedad Portuaria Particular que Promoverá y Adelantará Obras de Construcción de un Puerto de Servicio Público para la Exportación de Carbón por el Sistema de Cargue Directo*" (en adelante el "*Memorando de Entendimiento*"). Mediante este documento se establecieron las condiciones generales de la forma en que sería estructurado el proyecto de construcción de **PUERTO NUEVO**. Dicho documento fue suscrito tanto por las empresas interesadas en el proyecto como por representantes del Gobierno Nacional, en específico los ministros de transporte, minas y energía y ambiente, vivienda y desarrollo territorial para la época de los hechos.

El Memorando de Entendimiento estableció como compromisos de los interesados en el proyecto: (i) suscribir una promesa de sociedad futura, la cual sería la sociedad portuaria encargada de la construcción del puerto; (ii) suscribir un contrato de fiducia mercantil, para efectos de atender los requerimientos y necesidades del proyecto; y (iii) acordar los contratos *Take or Pay* con la futura sociedad portuaria, que versarían sobre el volumen de carga anual comprometido por cada interesado. Igualmente, se acordó que **PRODECO**, dada su mayor capacidad de exportación de carbón con respecto a los demás interesados, sería denominado el líder del proyecto.

Una vez suscrito el Memorando de Entendimiento, el 25 de agosto de 2008 se emitió el Documento CONPES 3540 sobre la "*Estrategia para la Optimización y Modernización del Transporte de Carbón por los Puertos Marítimos del Municipio de Ciénaga y la Bahía de Santa Marta*" (en adelante el "CONPES 3540 de 2008"). En este documento, por medio del cual se plasmó la intención del Gobierno Nacional de modernizar el transporte de carbón por los puertos del municipio de Ciénaga, Magdalena, y la bahía de Santa Marta a través del sistema de cargue directo, se estableció que:

*"[E]l Ministerio de Transporte y el Instituto Nacional de Concesiones –INCO adelantan los trámites previos para que, a través del sistema de 'oferta oficiosa', se adjudique una concesión portuaria en dicha zona, bajo los términos establecidos en el artículo 13 de la Ley 1° de 1991"*³⁶.

³⁴ Folios 1240 a 1258 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

³⁵ Folio 4117 del cuaderno Audiencias 1 del Expediente. Declaración de **TOMÁS HOLGUÍN MORA**. Archivo "0-2017-08-04 14-06-34-111". Min: 11:10

³⁶ La Ley 1 de 1991 en su artículo 13 "Oferta Oficiosa de la Concesión", establece que el Gobierno nacional, puede ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades como son el Alcalde del Municipio o Distrito donde

"Por la cual se archiva una investigación"

"En este sentido, en el marco de las políticas de promoción del sector carbonífero y de expansión de la capacidad portuaria del país; y de la normatividad ambiental vigente, el Ministerio de Transporte y el Inco deben iniciar el proceso de oferta oficiosa y tener en cuenta, como mínimo, las siguientes consideraciones:

(...)

3) **El proyecto deberá estructurarse bajo el esquema de take or pay en firme y aquellos compromisos que garanticen la financiación del diseño, la construcción y operación del puerto (...)**³⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, el CONPES reitera la voluntad del Gobierno Nacional respecto a que el proyecto fuera estructurado y financiado por medio de la firma de contratos de *Take or Pay* por parte de las empresas exportadoras de carbón que adelantarían la construcción de la infraestructura portuaria. En otras palabras, el diseño, financiación, construcción y operación del puerto se haría con base en los compromisos adquiridos por las empresas exportadoras interesadas y que suscribirían los respectivos contratos *Take or Pay*.

En desarrollo de lo anterior, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**), emitió la Resolución No. 548 del 10 de diciembre de 2008 (en adelante la "Resolución No. 548 de 2008"), por medio de la cual abrió el proceso de Oferta Oficiosa, ofreciendo las zonas de uso público delimitadas anteriormente por medio de la Resolución No. 5369 de 2007 y convocando de nuevo a todas las personas "*cuyas actividades sean la explotación y exportación, transporte y operación del carbón (...)* a formar parte de una sociedad portuaria que tendrá por objeto la promoción, **financiación**, realización de estudios, **construcción, administración y operación de un puerto destinado al servicio público para el manejo de carbón con cargue directo**"³⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Igualmente, y en virtud a que para la época trece (13) exportadores de carbón habían manifestado su interés en el proyecto, suscrito el Memorando de Entendimiento y conocidos los volúmenes de carbón que estaban dispuestos a exportar a través del nuevo puerto, la Resolución No. 548 de 2008 estableció que el proyecto debía "*dimensionarse para una capacidad **mínima instalada** de 30 MTA (millones de toneladas por año). Teniendo en cuenta como capacidad ideal 60 millones de toneladas anuales*".

Ahora bien, debe mencionarse que el mismo día que fue emitida la referida Resolución, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**) publicó el documento formal de Oferta Oficiosa "*Para el otorgamiento de una zona de uso público para la construcción y operación de un puerto carbonífero en el municipio de Ciénaga (Magdalena)*" (en adelante la "Oferta Oficiosa")³⁹. Este documento, el cual contenía las especificaciones puntuales de la forma como debería ser estructurado y construido el puerto denominado **PUERTO NUEVO** en el municipio de Ciénaga, Magdalena, contenía dos puntos de la mayor relevancia para el caso concreto y que se encuentran ajustados a la forma como el Gobierno Nacional propuso que se hiciera la estructuración y construcción del puerto carbonífero. Así:

(i) Estableció a los exportadores interesados la obligación de presentar, junto con sus ofertas, la reglamentación sobre la utilización e ingreso al terminal por parte de terceros que, no siendo parte de la sociedad portuaria, requirieran la utilización del servicio del puerto para la exportación de carbón. Igualmente, debían indicar, como mínimo, cómo se obtendría el derecho de acceso, la tarifa de socio y los términos de los contratos *Take or Pay* que deberían pagar quienes estuvieran interesados en su ingreso como asociados; y

se pretenda desarrollar el proyecto, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministerio de Turismo, Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

³⁷ Disponible en : <http://consultorescolombianos.com/blog/wp-content/uploads/2010/07/3540-puertos-para-carbon.pdf>

³⁸ Folios 1309 a 1311 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

³⁹ Folios 1279 al 1308 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

(ii) Se determinó que el puerto debía contar, como mínimo, con una capacidad portuaria instalada de 30 MTA (millones de toneladas por año), teniendo en cuenta como capacidad ideal 60 MTA. **Sin embargo, se aclaró que dichos valores estaban basados en la proyección exportadora disponible manifestada por la totalidad de los exportadores interesados inicialmente en el proyecto.**

Es importante resaltar que, para la época de la publicación de la Oferta Oficiosa, los trece (13) exportadores de carbón que habían suscrito el Memorando de Entendimiento mantenían su intención de participar en el proyecto. Por este motivo, y dado que se había estructurado bajo la figura de los contratos *Take or Pay*, el puerto a construir debía contar con una capacidad que garantizara los volúmenes de exportación manifestados por la totalidad de dichos interesados. Por lo anterior, para este Despacho es claro que la capacidad portuaria de **PUERTO NUEVO** se calculaba, tal y como lo estableció la Oferta Oficiosa, **“basado en la proyección exportadora disponible manifestada por los interesados inicialmente”**⁴⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Lo anterior fue resaltado dentro del proceso en diferentes testimonios, como es el caso de **EDUARDO BETTIN VALLEJO**, Gerente Legal de Cementos Argos para la época de los hechos, quien además manifestó que la capacidad inicial proyectada de 30 MTA fue reduciéndose en la medida en que posteriormente fueron reduciéndose los interesados en participar en la sociedad portuaria, es decir en la financiación del proyecto:

“DELEGATURA: Le había preguntado por el estudio. Pero quiero hacerle la misma pregunta, no sé si es la misma respuesta que la anterior, pero derivado de las reuniones, de lo que se ha podido incluir en el memorando de entendimiento ¿Qué capacidad o qué volúmenes se tenía pensado que tuviera como capacidad el puerto o el proyecto que se pensaba construir para esa época, hoy Puerto Nuevo?”

***EDUARDO BETTIN VALLEJO:** Yo vuelvo y repito, creo que inicialmente se hablaba de una cifra importante, **posteriormente fue, digamos... reduciéndose su capacidad, de acuerdo pues a los jugadores que estaban quedando dentro de... interesados en el proyecto.** Porque tengan presente ustedes una cosa: estábamos hablando de un proyecto... de un puerto referente a nivel nacional, que iba a permitir la exportación de carbones del interior del país y de la costa norte, integrando esas dos operaciones a través de una línea férrea, que tampoco se dio. Ósea, había muchos condicionantes que determinaban que esa capacidad debía ser ambiciosa, **pero en últimas, digamos que en la medida en que iba avanzando el proyecto, se iban adquiriendo los compromisos reales por parte de los finalmente interesados. Y las múltiples deserciones que se dieron en el proyecto y la imposibilidad de transportar por línea férrea desde el interior del país, se hizo una capacidad que, en su momento, muy similar a... a la capacidad de... de, digamos, que yo creo que de Glencore en general con un pequeño gap respecto de otros productores de carbón”**⁴¹.*

Ahora bien, teniendo en cuenta que para la fecha todavía todos los suscriptores del Memorando de Entendimiento seguían interesados en la construcción del puerto, **PRODECO**, en su condición de líder de dicho grupo, presentó en nombre de todos la oferta para la concesión de **PUERTO NUEVO**⁴² el 9 de enero de 2009. Dicho documento establecía los principios básicos que serían seguidos para la construcción del puerto, los cuales de manera expresa establecieron que:

(i) La capacidad del puerto sería definida **con base en el volumen que PUERTO NUEVO debería garantizar a los usuarios de acuerdo con sus contrato *Take or Pay*; y**

(ii) La construcción del puerto se proyectaría en tres (3) fases, las cuales se irían desarrollando **a medida que creciera el requerimiento de capacidad de los usuarios.**

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ Folio 4775 del cuaderno Audiencias 2 del Expediente. Testimonio **EDUARDO BETTIN VALLEJO**. Carpeta “13291120-200917”. Archivo “0-2017-09-20 10-01-05-122”. Min: 59:16.

⁴² Folios 1325 a 1369 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

De esta forma, se manifestó que "la fase inicial de desarrollo de Puerto Nuevo incluye la construcción de un terminal portuario que será capaz de recibir volúmenes de carbón de 32 millones de toneladas por año"⁴³. Recuérdese que para la época todavía todos los suscriptores del Memorando de Entendimiento seguían interesados en la construcción del puerto.

En esa medida, se reiteró en dicho documento que los compromisos de los inicialmente interesados eran la base para establecer la obligación de construir con una capacidad inicial de 32 MTA:

"Los compromisos take or pay presentados por los Interesados al Ministerio de Transporte como respuesta a la invitación efectuada para suscribir el Memorando de Entendimiento y el avance de los proyectos mineros de los Interesados, son la base para establecer que la Primera Fase requiere de una capacidad de 32 millones de toneladas al año, para carbón térmico proveniente principalmente de las minas del Cesar, el cual será transportado por vía férrea"⁴⁴.

A partir de lo anterior, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**) emitió la Resolución No. 135 del 26 de febrero de 2009 (en adelante la "Resolución No. 135 de 2009")⁴⁵, mediante la cual aceptó la oferta presentada por **PRODECO** y demás interesados en el proyecto y se indicaron los términos en que se otorgaría la concesión.

Asimismo, el mencionado acto administrativo estableció que el "oferente ha cumplido con los requisitos básicos y primarios de la oferta oficiosa que tiene como objeto entregar en concesión zonas de uso público para el desarrollo de una puerto Carbonífero", y reconoció que dicha oferta presentada por **PRODECO** estableció como principios básicos: (i) una capacidad del puerto a definir con base en el volumen que debía garantizarse a los usuarios que firmaran acuerdos *Take or Pay* con la sociedad portuaria; y (ii) que la construcción del puerto se realizaría en tres fases, las cuales no tendrían un término temporal sino que se cumplirían a medida que creciera el requerimiento de capacidad de usuarios.

En tal sentido, la Resolución No. 135 de 2009 estableció en su artículo 8 que el volumen para la Primera Fase sería de 32 MTA. Esta capacidad fue calculada teniendo en cuenta que para ese momento, doce (12) de los trece (13) exportadores de carbón interesados⁴⁶ inicialmente y que habían suscrito el Memorando de Entendimiento, mantenían su interés de participar en la construcción del puerto.

Si bien la Resolución No. 135 de 2009 reconoció la existencia de una Primera Fase en la cual el puerto alcanzaría una capacidad de 32 MTA necesaria para los exportadores de carbón inicialmente interesados, **nunca se estableció un término temporal para esto**. Lo anterior, toda vez que había quedado así planteado desde la Oferta presentada por **PRODECO**, y fue reconocido en las consideraciones de la misma Resolución, en cuanto a que las tres (3) fases en las que se construiría **PUERTO NUEVO** se cumplirían en la medida que creciera el requerimiento de capacidad por parte de los usuarios del puerto. Esta afirmación, respecto a la construcción en fases del puerto, se encuentra soportada además en diferentes declaraciones dentro del Expediente, como es el caso de la rendida por **MARIA MARGARITA ZULETA**, Directora Jurídica de **PRODECO** para la época de los hechos:

"DELEGATURA: Recuerda si en la Resolución por medio de la cual se acepta la oferta, efectivamente, por parte del gobierno al **GRUPO PRODECO** y otras empresas ¿si allí se dijo que el volumen garantizado que debía tener el puerto era igual o equiparable a lo que se entiende como la capacidad del puerto?

⁴³ Folio 1339 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

⁴⁴ Folio 1341 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

⁴⁵ Folios 1410 a 1422 del cuaderno RESERVADA PNSA 1 del Expediente.

⁴⁶ Para la fecha de la Resolución No. 135 de 2008, únicamente Cementos Argos S.A. se había retirado del proyecto.

“Por la cual se archiva una investigación”

MARIA MARGARITA ZULETA: *Son conceptos completamente distintos. De nuevo, super importante tenerlo en cuenta. El volumen garantizado... a ver, la capacidad de un puerto no es como que esta botella tiene la capacidad de cero punto... Lo que sea, de 600 mililitros. La capacidad de un puerto, ni de un ferrocarril es así. No es una cosa en el vacío, no es una cosa que está determinada y que es muy fácil...no. Esas capacidades están atadas a las eficiencias, a las velocidades, y cuando uno construye algo como un ferrocarril o como un puerto, uno no sabe de entrada que capacidad tiene. Uno se imagina que esta entre algo y algo, pero tiene que empezarla a funcionar para establecer con juicio que capacidad tiene. Esa es la primera precisión que quería hacer. La segunda es la siguiente: desde el comienzo se habló de que el puerto debía construirse en fases, dependiendo de la demanda real que había de carbón. Entonces no se trata de una...pues sería un error muy grande construir algo que tiene una capacidad de 50 cuando yo solamente tengo 20. Porque estoy desperdiciando recursos. Entonces lo lógico es que si la demanda es de 20 yo esté un poquito por encima para poderle dar volumen garantizado, y apenas tenga demandas adicionales hago las ampliaciones (...)⁴⁷.*

Ahora bien, es importante resaltar que el 10 de marzo de 2009, los exportadores de carbón que hicieron parte de la Oferta presentada por **PRODECO** en el marco de la Oferta Oficiosa para la construcción de **PUERTO NUEVO**, presentaron ante la Superintendencia de Industria y Comercio un documento de información de integración vertical, por medio del cual ponían en consideración de esta Autoridad su integración en el último eslabón de la cadena de valor⁴⁸.

Dicha operación, la cual no fue objetada por parte de esta Superintendencia en la medida en que no se encontró que creara una restricción indebida de la competencia⁴⁹, presentaba no solo la estructura del puerto con base en la firma de los contratos *Take or Pay* que deberían suscribir los interesados con la sociedad portuaria, sino también incluyó las políticas generales de acceso a terceros que pondría en operación **PUERTO NUEVO**. En efecto, estableció que:

“[L]a Política de Acceso regula dos posibilidades para este efecto, a saber: (i) la posibilidad que exista capacidad disponible en el puerto (Surplus Capacity) para ser utilizada por uno o varios terceros y (ii) la hipótesis en la que no exista capacidad disponible en el puerto y sea necesaria la construcción de facilidades adicionales (Expansión) por parte de los terceros que estén interesados en exportar carbón por intermedio de Puerto Nuevo”⁵⁰.

Una vez en firme la Resolución No. 135 de 2009, el 15 de septiembre de 2009 **PRODECO** informó al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**) el retiro de cuatro (4) de los participantes iniciales en el proceso, a saber: **C.I. CARBONES DEL CARIBE S.A.**, **MINERA TAYRONA S.A.**, **CARBOVEINTE (20) LTDA.** y **C.I. MILPA S.A.**

Posteriormente, el 15 de diciembre de 2009 **PRODECO** también informó al **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**) el retiro de: **CARBONES DEL CESAR S.A.**, **INVERCOAL PUERTOS LOGÍSTICA S.A.** y **MPX COLOMBIA S.A.** del proyecto de construcción de **PUERTO NUEVO**.

Finalmente, el 15 de enero de 2010 **PRODECO** informó el retiro de **CARBONES DE LOS ANDES S.A.** (en adelante “**CARBOANDES**”) del proyecto, quedando de esta forma como únicos interesados **PRODECO** y las empresas parte de su grupo empresarial (**CARBONES DE LA JAGUA S.A.**, **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A.** y **CARBONES EL TESORO S.A.**). Así las cosas, y en virtud de lo anterior, los compromisos *Take or Pay* que serían suscritos con la sociedad portuaria encargada de la construcción de **PUERTO NUEVO** se vieron reducidos a lo siguiente:

⁴⁷ Folio 4844 del cuaderno Audiencias 2 del Expediente. Testimonio **MARÍA MARGARITA ZULETA**. Carpeta “13291120-101117”. Archivo “0-2017-11-10 14-34-45-125”. Min: 39:45.

⁴⁸ Folios 3482 a 3544 del cuaderno INTEGRACIÓN 1 del Expediente.

⁴⁹ Folios 3896 a 3897 del cuaderno INTEGRACIÓN 2 del Expediente.

⁵⁰ Folios 3837 a 3843 del cuaderno INTEGRACIÓN 2 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

Tabla No. 3: Compromisos finales Take or Pay

Participante	Take or Pay	Volumen Garantizado ⁵¹	Participación
C.I. Prodeco S.A. y afiliados	15.000.000	21.428.571	100%
TOTAL	15.000.000	21.428.571	100%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

No obstante lo anterior, y bajo dichas circunstancias, el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**) emitió la Resolución No. 333 del 4 de agosto de 2010 (en adelante "Resolución No. 333 de 2010"), por medio de la cual otorgó formalmente la concesión portuaria a la sociedad portuaria constituida por **PRODECO** y demás empresas de su grupo empresarial, **PNSA**, en la que estableció en el artículo 5.1, que:

"5.1. DESCRIPCIÓN.- El proyecto contempla la construcción y operación de un puerto especializado en el recibo, almacenamiento y cargue de carbón directo a buque a través de bandas encapsuladas, con capacidad de mover en una primera fase un aproximado de 32 millones de toneladas, hasta una tercera fase de aproximadamente 60 millones de toneladas/año, y que entrará en operaciones en el primer semestre de 2013 de acuerdo al cronograma presentado por la Sociedad Portuaria Puerto nuevo S.A. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De igual forma, y teniendo en cuenta que la estructuración de **PUERTO NUEVO** se había hecho bajo el principio básico de que la capacidad inicial del puerto estaría basada en la capacidad que debía garantizarse a los usuarios iniciales que suscribieran contratos *Take or Pay* con la sociedad portuaria, el artículo 5.4 de la Resolución No. 333 de 2010 estableció que:

"5.4. VOLUMEN Y CLASE DE CARGA.- Puerto Nuevo se construirá para realizar cargue directo de carbón, el volumen anual de carga que se manejará a partir de la iniciación de la operación es de aproximadamente veintiún millones cuatrocientos veintiocho mil (21.428.000) Toneladas de carbón" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así, y dado que para ese momento el único exportador de carbón que participaría en la construcción de **PUERTO NUEVO** sería **PRODECO**, la Resolución No. 333 de 2010 reconoció que la capacidad inicial del puerto sería de un total de veintiún millones cuatrocientos veintiocho mil (21.428.000) toneladas de carbón. El Despacho resalta que este valor correspondía exactamente al volumen que sería garantizado a **PRODECO** en los términos del acuerdo *Take or Pay* que sería suscrito con **PNSA** y que a partir de allí, posteriormente llegaría a la Primera Fase de 32 MTA.

De esta forma, el 31 de marzo de 2011, **PNSA** suscribió el "Contrato de Concesión Portuaria N°. 001 del 31 de marzo de 2011" (en adelante el "Contrato de Concesión") con el **INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO** (hoy **ANI**), en los mismos términos que la Resolución No. 333 de 2010.

Por otra parte, el 2 de octubre de 2012 **PNSA** remitió para estudio y aprobación de la **ANI** el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación de **PUERTO NUEVO**. Dicha entidad, por medio de la Resolución No. 334 del 12 de abril de 2013 (en adelante la "Resolución 334 de 2013") aprobó el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación Portuaria de la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A., dentro del cual se establecían los siguientes aspectos relevantes:

"Artículo 68. Acceso a Puerto Nuevo.

Los Usuarios de **PNSA** serán: (a) productores o productores potenciales de carbón que sean titulares de un título minero en el territorio de la República de Colombia o (b) exportadores de

⁵¹ Debe mencionarse que los acuerdos *Take or Pay* que serían firmados entre las empresas exportadoras de carbón y la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. serían al 70%. Es decir que, en virtud de dichos contratos, la sociedad portuaria se comprometía a garantizar al respectivo exportador un volumen determinado de toneladas, y este último se comprometía a utilizar y pagar, como mínimo, el 70% de dicho volumen, lo utilizara o no. En caso de utilizar un porcentaje mayor al 70%, estaría obligado a pagar a la sociedad portuaria el valor adicional.

“Por la cual se archiva una investigación”

carbón que tengan, con un titular de un título minero en el territorio de la República de Colombia, un contrato en firme para el suministro de carbón para exportar.

*Puerto Nuevo es un Puerto que presta servicio público por lo que PNSA **dará acceso permanente o temporal a Puerto Nuevo, siempre que haya disponibilidad de capacidad en Puerto Nuevo** y se cumplan con los términos y disposiciones contenidos en la Política de Acceso de acuerdo con la reglamentación emitida por el Ministerio de Transporte (vigentes y futuras) y las demás condiciones de operación establecidas por PNSA, según la definición contenida en el artículo 5.15 de la Ley 1 de 1991” (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Así las cosas, y en los términos anteriormente descritos, **PUERTO NUEVO** inició operaciones en abril de 2013.

Es importante mencionar que una vez en operación el puerto, el **MINTRANSPORTE**, por medio de la Resolución No. 2734 del 10 de julio de 2013 (en adelante “Resolución No. 2734 de 2013”), estableció la obligación, inexistente hasta entonces para las sociedades portuarias, de adoptar una política de acceso al puerto. En virtud de lo anterior, **PNSA** adoptó la propia bajo los parámetros de acceso al puerto que se venían discutiendo con anterioridad.

Finalmente, el 13 de marzo de 2015 **PNSA** solicitó a la **ANI** la aprobación de una sustitución de la inversión en el puerto, la cual inicialmente estaba destinada a la adquisición y puesta en marcha de una flota de remolcadores. Sin embargo, dada la imposibilidad legal de dar cumplimiento a dicha inversión⁵², se solicitó que la misma pudiera ser utilizada en la ampliación del puerto. Dicha comunicación señalaba lo siguiente:

“Teniendo en cuenta por una parte la imposibilidad legal para realizar la Inversión en Remolcadores por valor de USD 29.409.384 en los términos inicialmente establecidos en el Plan de Inversiones del Contrato de Concesión, y por la otra la necesidad de dar cumplimiento a los compromisos de inversión definidos en dicho Plan de Inversiones, respetuosamente ponemos a consideración de la ANI, nuestra solicitud para evaluar la posibilidad de sustituir la Inversión en Remolcadores definida en el Plan de Inversiones, por otro tipo de Inversión en el área concesionada, que permita simultáneamente dar cumplimiento a los compromisos de inversión definidos y mejorar las condiciones de infraestructura y operación del puerto.

*En este sentido, consideramos que una alternativa que permitiría lograr los objetivos antes señalados, sería el desarrollo de una potencial **inversión adicional en un futuro proyecto de expansión del puerto de servicio público. A través de dicha expansión, se buscaría incrementar la capacidad de cargue efectiva del puerto para atender las solicitudes de volumen garantizado que presenten terceros interesados en tener acceso**, tomando como referencia para el efectos, los términos de la Política de Acceso que se encuentra vigente a la fecha en que tales solicitudes sean recibidas (...)*⁵³.

Sobre dicha solicitud, y previo concepto jurídico, financiero y técnico presentado por los diferentes departamentos de la **ANI**, dicha entidad aprobó la solicitud presentada por **PNSA** y manifestó en la Resolución No. 410 del 31 de marzo de 2017 (en adelante la “Resolución No. 410 de 2017”), modificada posteriormente por la Resolución No. 1109 del 27 de junio de 2018 (en adelante la “Resolución 1109 de 2018”), que:

*“**La circunstancia de la movilización inicial de tan solo 21 MTA obedeció a que el mercado con el que empezaría a operar el puerto, sería el volumen de carga proyectado de aquellas empresas que para ese momento tenían acuerdos TOP en firme**, (...) no obstante la capacidad de la primera fase se ha mantenido y se debe cumplir por el concesionario.*

⁵² Dada la calidad otorgada a **PUERTO NUEVO** como Zona Franca y a **PNSA** como Usuario Industrial de Servicio de la Zona Franca, esta última sociedad no tenía capacidad de prestar servicios por fuera del área de la Zona Franca. En este sentido, **PNSA** se veía impedido legalmente de prestar el servicio de remolque de naves, por lo cual no habría sentido en la inversión inicialmente proyectada para este servicio.

⁵³ Citado en Resolución No. 410 del 31 de marzo de 2017 de la **ANI**.

"Por la cual se archiva una investigación"

En este sentido, se considera que las inversiones que se proponen por el concesionario, deben estar encaminadas como mínimo al cumplimiento de la primera fase, y por lo tanto las mismas deben ser ejecutadas en el corto plazo" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, la ANI reconoció que **PUERTO NUEVO** empezó a operar con una capacidad de 21 MTA, toda vez que dicho valor correspondía al mercado que debía ser atendido para la época. Sin embargo, también confirmó que las inversiones que proponía sustituir **PNSA** debían ser destinadas al cumplimiento de la primera fase de construcción, la cual como ya ha sido establecido con anterioridad, nunca tuvo un término temporal fijo para ser cumplida.

En virtud de lo anterior, fue impuesto a **PNSA** un término de tres (3) años para dar por terminada la ampliación de **PUERTO NUEVO** como resultado de la aprobada sustitución de inversión, término que culminará en el año 2021.

Así las cosas, y analizado lo anteriormente expuesto, este Despacho encuentra que la construcción de **PUERTO NUEVO** se estructuró desde un inicio bajo la figura de los contratos *Take or Pay*, los cuales serían suscritos con los exportadores de carbón interesados en la construcción del puerto. Igualmente, dio cuenta de que, si bien se estableció la obligación de alcanzar los 32 MTA al finalizar la primera fase de construcción del puerto, nunca se determinó un término fijo para esto, y por el contrario la infraestructura portuaria debía iniciar operaciones con una capacidad que debía garantizar a los usuarios iniciales sus volúmenes garantizados, de acuerdo a los respectivos contratos *Take or Pay* suscritos.

Finalmente, pudo establecerse que en virtud de la solicitud de sustitución de inversión presentada por **PNSA** en 2015, dicha sociedad se comprometió a aumentar la capacidad del puerto a un total de treinta y dos (32) MTA para el año 2021, dando cumplimiento a la Primera Fase de construcción en los términos del Contrato de Concesión y demás documentos por medio de los cuales se estructuró la construcción de **PUERTO NUEVO**. Al respecto, este Despacho encuentra que a la fecha, **PUERTO NUEVO** ha ampliado su capacidad, hasta alcanzar 25.7 MTA, de las cuales **PRODECO** hace uso de 21.4 MTA, **CNR** de 3 MTA y existe una capacidad disponible de 1.3 MTA. Adicionalmente, según la información que obra en la página web de **PUERTO NUEVO** "para el año 2021 la Capacidad de Cargue Efectiva para movilización razonable de carga de carbón incrementa hasta la cantidad de 32 millones de toneladas por año aproximadamente"⁵⁴.

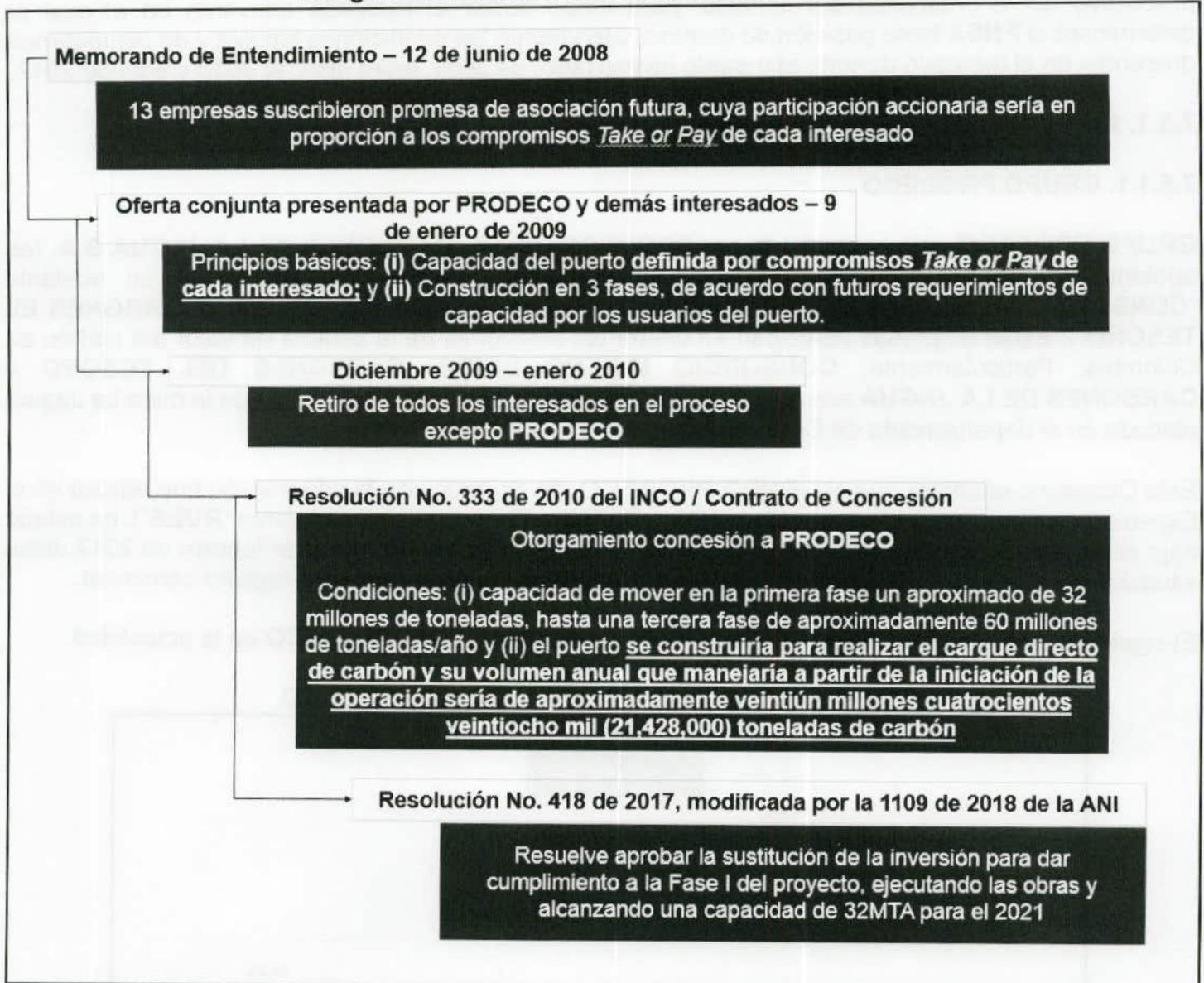
El siguiente diagrama ilustra los hitos más relevantes de los antecedentes anteriormente descritos:

ESPACIO EN BLANCO

⁵⁴ Disponible en: <http://www.puertonuevo.com.co/index.php/es/estructura-e-instalaciones/infraestructura/capacidad/>

“Por la cual se archiva una investigación”

Diagrama No. 1: Resumen de las principales etapas del proceso de oferta oficiosa para el otorgamiento en concesión de PUERTO NUEVO



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

7.5. Definición del mercado relevante

Visto lo anterior, este Despacho analizara el mercado relevante potencialmente afectado por la conducta de los investigados, con el objetivo de establecer la efectiva existencia de una posición de dominio por parte de **PNSA** en el mismo.

La definición de mercado relevante en actuaciones administrativas relacionadas con conductas unilaterales de abuso de posición dominante es de la esencia del análisis que conduce esta Autoridad, por lo cual es indispensable que este Despacho evalúe la definición del mismo y pueda concluir la existencia o no de una efectiva posición de dominio, lo cual permitiría posteriormente entrar a analizar cada una las conductas desplegadas por los agentes investigados.

En este sentido, y de acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación, el abuso de posición que se investiga en la presente actuación administrativa sucedió en el mercado del servicio de transporte de carbón desde puertos marítimos, con destinos internacionales, en la zona de Ciénaga, Magdalena. Lo anterior, toda vez que el objetivo principal de la conducta de los investigados consistiría en la aplicación de condiciones discriminatorias y la obstrucción de acceso de potenciales usuarios a **PUERTO NUEVO**.

"Por la cual se archiva una investigación"

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho presentará una descripción de los agentes involucrados en las conductas investigadas, así como una caracterización de su actividad económica y la cadena productiva de la prestación del servicio, para luego definir el mercado relevante en el cual se determinará si **PNSA** tiene posición de dominio, atendiendo las condiciones legales y de competencia presentes en el mercado durante el periodo investigado, es decir, entre abril de 2013 y abril de 2017.

7.5.1. Agentes de mercado involucrados

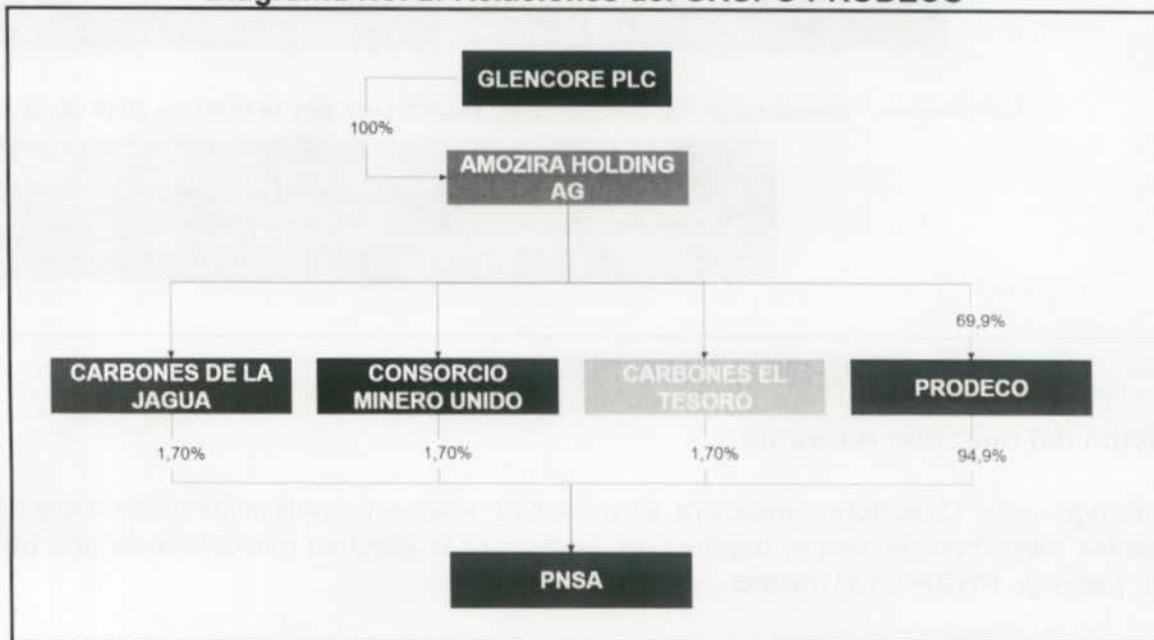
7.5.1.1. GRUPO PRODECO

GRUPO PRODECO está conformado por **PRODECO**, **PNSA**, **CARBONES DE LA JAGUA S.A.** (en adelante "**CARBONES DE LA JAGUA**"), **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A.** (en adelante "**CONSORCIO MINERO UNIDO**") y **CARBONES EL TESORO S.A.** (en adelante "**CARBONES EL TESORO**"). Estas empresas participan en diferentes eslabones de la cadena de valor del carbón en Colombia. Particularmente, **CONSORCIO MINERO UNIDO**, **CARBONES DEL TESORO** y **CARBONES DE LA JAGUA** son empresas titulares de derechos de explotación de la mina La Jagua, ubicada en el departamento de Cesar.

Este Despacho encontró que el **GRUPO PRODECO**, de acuerdo con la información que reposa en el Expediente y que obra públicamente en el Registro Único Empresarial (en adelante "**RUES**"), ha estado bajo el control de **GLENCORE** desde mayo de 2011, sin embargo, solo desde febrero de 2017 dicha situación se encuentra declarada como grupo empresarial ante el respectivo registro comercial.

El siguiente diagrama resume la estructura corporativa del **GRUPO PRODECO** en la actualidad.

Diagrama No. 2: Relaciones del GRUPO PRODECO



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

7.5.1.2. PRODECO

PRODECO es una sociedad con domicilio principal en Barranquilla, constituida mediante Escritura Pública No. 5378 del 12 de septiembre de 1974 de la Notaría 7 de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 30 de noviembre de 2005 bajo el número 121122 del libro IX. El objeto social de la compañía incluye las siguientes actividades: el ejercicio de comercio internacional de productos colombianos, la exploración y explotación, ya sea por el procedimiento a cielo abierto o por minería subterránea, de minerales, su beneficio y transformación y la comercialización de tales productos en el país o fuera de él, especialmente de carbón en su estado natural. En su actividad comercial también se incluye el transporte interno de carbón a través de líneas férreas.

“Por la cual se archiva una investigación”

PRODECO es concesionaria para la exploración y explotación de la mina Calenturitas en Cesar⁵⁵ y es accionista (con una participación de 24,97%) de **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A.** (en adelante “**FENOCO**”), empresa encargada de la operación ferroviaria de transporte de carbón en el Atlántico.

Para llevar a cabo la actividad de exportación de carbón, hasta el primer trimestre de 2013, **PRODECO** utilizaba su puerto privado **PUERTO ZUÑIGA**, también denominado **PUERTO PRODECO**, ubicado en Santa Marta, Magdalena. A partir de abril de 2013, con la entrada en operación de **PUERTO NUEVO** como puerto de carbón de carácter público, y al expirar la concesión para el uso de **PUERTO ZUÑIGA**, **PRODECO** empezó a utilizar **PUERTO NUEVO** para tal fin. De este último puerto, operado por **PNSA**, **PRODECO** cuenta con la mayoría de las acciones (superiores a 90%).

La composición accionaria durante el periodo investigado de **PRODECO** fue la siguiente:

Tabla No. 4: Composición accionaria de PRODECO durante el periodo investigado

7 de diciembre de 2012 – 3 de diciembre de 2014**		3 de diciembre de 2014 - 22 de junio de 2018	
Accionista	%	Accionista	%
Amozira Holding AG*	69,9%	Amozira Holding AG*	69,9%
Zabax Holding AG	24,99%	Zabax Holding AG	29,9%
Otros	5,11%	Otros	0,3%

* Empresa controlada por **GLENCORE**.

** Durante este periodo de tiempo, el 0,01% de las acciones, contenido en "otros", cambió de propietario.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

7.5.1.3. PNSA

PNSA fue constituida el 15 de mayo de 2013 por documento privado del 10 de marzo de 2009 de la Asamblea Constitutiva, registrado en la Cámara de Comercio de Santa Marta bajo el número 35585 del libro IX del Registro Mercantil, y cuya razón social inicial correspondía a **DAMAZIN DE COLOMBIA S.A.S.** Mediante Escritura Pública número 3188 del 22 de diciembre de 2009 de la Notaria 16 de Bogotá, registrada en la Cámara de Comercio de Santa Marta bajo el número 35586, se transformó en una sociedad anónima, bajo la razón social **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.**

Como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal, la sociedad incluye dentro de su objeto social, entre otras actividades, la promoción, construcción, mantenimiento, administración, operación y prestación de servicios portuarios para la exportación de carbón, desde un puerto público ubicado en el municipio de Ciénaga, Magdalena. Particularmente, **PNSA** es la adjudicataria de **PUERTO NUEVO**.

La composición accionaria durante el periodo investigado de **PNSA** fue la siguiente:

Tabla No. 5: Composición accionaria de PNSA durante el periodo investigado

Accionista	%
C.I. Prodeco S.A.	94,9%
Carbones de la Jagua S.A.	1,7%
Consorcio Minero Unido S.A.	1,7%
Carbones El Tesoro S.A.	1,69%
Amozira Holding AG	0,01%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

7.5.2. Creación y operación de PUERTO NUEVO

⁵⁵ Mediante contrato de concesión minera No. 044 de 1989 y concesión de título minero inscrito el 3 de julio de 1990.

“Por la cual se archiva una investigación”

Como ya fue señalado, el **GRUPO PRODECO** contó, hasta 2013, con un puerto privado de exportación de carbón ubicado en Santa Marta, Magdalena, denominado **PUERTO ZÚÑIGA**⁵⁶. Este puerto era operado mediante un sistema de cargue con barcazas⁵⁷ que llevaban el carbón hasta los buques en donde el mismo era posteriormente embarcado mar afuera⁵⁸.

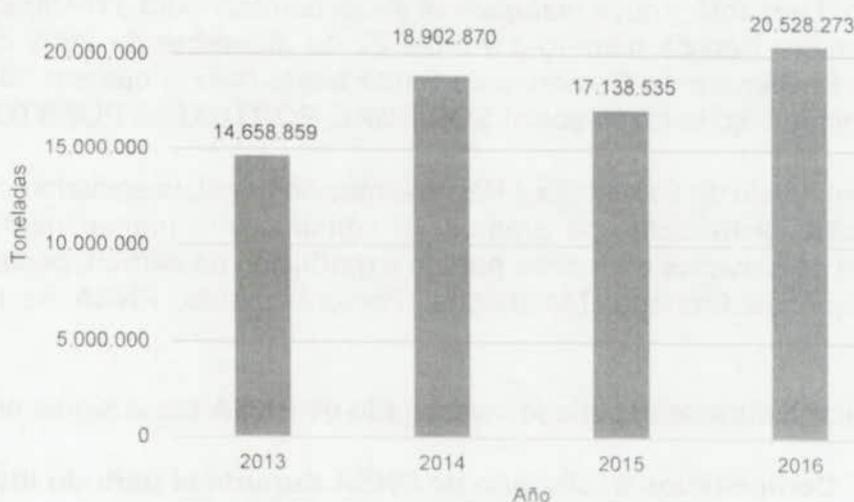
Sin embargo, a partir de 2007 en Colombia se desarrollaron diferentes actividades, encabezadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (en adelante “**CONPES**”) con el propósito de crear una política nacional de crecimiento de las exportaciones de carbón coherente con políticas amigables con el medio ambiente.

En virtud de lo anterior, el Decreto 3083 del 15 de agosto de 2007 determinó que a partir de julio de 2010, en todos los puertos del país, el cargue de carbón en naves debía realizarse a través de un sistema de cargue directo. Igualmente, se dispuso que la operación de los puertos dedicados al carbón debería realizarse de acuerdo con las mejores prácticas y tecnologías limpias que evitaran la dispersión de partículas de carbón.

En conjunto con lo anterior, y dada la necesidad de aumentar las exportaciones de carbón como producto de altas reservas del mineral en el país, aumento en la expedición de licencias de explotación, incrementos en la demanda y el favorable comportamiento de sus precios internacionales, el Gobierno Nacional también planteó la necesidad de promover la construcción de un nuevo puerto de servicio público dedicado a la exportación de este producto.

De esta forma, y teniendo en cuenta las diferentes etapas establecidas en el capítulo anterior, en el que se hizo un recuento de los antecedentes de la estructuración y construcción de **PUERTO NUEVO**, se comenzó la construcción de dicho puerto, el cual inició operaciones en abril de 2013, movilizandodurante dicho año un total de 14,6 MTA. La siguiente gráfica presenta los volúmenes anuales de carga movilizada a través del puerto entre 2013 y 2016⁵⁹.

Gráfica No. 1: Carga anual movilizada en Puerto Nuevo 2013 – 2016



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Folio 5702 del cuaderno reservado PNSA 3 del Expediente.

⁵⁶ Autorizado mediante Resolución No. 175 de 1979.

⁵⁷ Una barcaza es un artefacto de fondo plano empleado para el transporte de mercancía en puerto que facilita su varada en playas de arena. El uso de este sistema no requiere de muelles o embarcaderos para carga o descarga.

⁵⁸ Folio 3483 del Cuaderno INTEGRACIÓN 1 del Expediente.

⁵⁹ Folio 5702 del cuaderno reservado PNSA 3 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

Sin embargo, **PUERTO NUEVO** inició su operación con una capacidad efectiva de 21,4 MTA, que a partir de septiembre de 2014 incrementó a poco más de 23,4 MTA. En abril de 2015, la capacidad efectiva incrementó nuevamente a 23,68 MTA y, desde septiembre de 2016 hasta la fecha, la misma ha sido de 25,7 MTA⁶⁰.

Teniendo en cuenta que la actividad realizada en **PUERTO NUEVO** es la exportación de carbón, a continuación se describirá la cadena de valor de este producto en Colombia.

7.5.3. Cadena de valor del carbón mineral en Colombia

Con el fin de tener una mejor comprensión del mercado objeto de análisis y del rol de **PUERTO NUEVO** en la industria, este Despacho presentará una descripción de la cadena de valor del carbón mineral en Colombia, que incluye una caracterización de la misma desde la explotación de la mina hasta el destino final del carbón extraído, con énfasis en el carbón para exportación que resulta ser el relevante para la presente investigación.

Los puertos constituyen un elemento fundamental en la cadena logística para transportar carbón mineral hacia los mercados internacionales. Desde la exploración hasta la transformación del carbón, esta cadena de valor se caracteriza por ser verticalmente integrada y, en la mayoría de casos, tanto el transporte como la actividad portuaria también hacen parte de dicha integración. No obstante, para aquellos agentes de mercado que no se encuentran integrados verticalmente, como es el caso de los demandantes de los servicios de **PUERTO NUEVO**, cada eslabón de la cadena debe ser contratado de manera independiente, esto es, el transporte interno y los servicios portuarios para la exportación del producto.

El carbón mineral es una roca fósil que contiene energía solar almacenada, compuesta de carbono, hidrógeno, nitrógeno, oxígeno y azufre⁶¹. Puede clasificarse principalmente en 4 grupos de acuerdo con las propiedades físicas, referidas a la composición de los vegetales y a las condiciones de presión y temperatura a que fueron sometidos durante su formación, según la norma técnica ASTM-388-777. Estos grupos son:

- **Antracita:** carbón duro con alto contenido de carbono (86 a 98%), bajo contenido de materia volátil y poder calorífico alto. Se usa como combustible en generación de calor o vapor en la industria térmica y siderúrgica y en la fabricación de goma sintética, colorantes y filtros de purificación de agua para consumo humano.
- **Hulla Bituminosa:** menor contenido de carbono y poder calorífico que los carbones antracíticos. Se conocen como carbones coquizables y se usan en procesos de obtención de acero y en la producción de vapor para generación de energía.
- **Hulla Sub-bituminosa:** con un contenido de carbono menor a 45% y alto nivel de material volátil, es empleado para la generación de energía eléctrica y en procesos industriales.
- **Turba y Lignito:** carbones de alta humedad y alto contenido de ceniza y material volátil, así como bajo poder calorífico. Es empleado para la generación de calefacción, energía eléctrica y procesos industriales de generación de vapor⁶².

⁶⁰ Folio 5702 del cuaderno reservado PNSA 3 del Expediente.

⁶¹ Universidad Externado de Colombia, Carbón y desarrollo en Colombia, 13 de agosto de 2015, consultado el 17 de febrero de 2020, disponible en: <https://zero.uexternado.edu.co/carbon-y-desarrollo-en-colombia/>

⁶² Unidad de Planeación Mineroenergética (UPME), Cadena de valor del carbón en Colombia 2012, consultado el 17 de febrero de 2020, disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Cadena_Carbon_2012.pdf

"Por la cual se archiva una investigación"

7.5.3.1. Exploración

La etapa de exploración consiste en la búsqueda del yacimiento carbonífero con condiciones geológicas favorables para su explotación, tales como calidad y potencialidad. En Colombia, las principales reservas de carbón se ubican en la costa atlántica⁶³ (más del 90% del total nacional⁶⁴) y en el centro del país⁶⁵.

En la costa atlántica el carbón existente es térmico, mayoritariamente bituminoso con alta calidad en su poder calorífico, y bajas cantidades de humedad, cenizas y azufre. De acuerdo con la Unidad de Planeación Mineroenergética (en adelante "UPME"), el tipo de minería de esta región es bastante tecnificada y su explotación en su mayoría es a cielo abierto. Por su parte, el carbón existente en el interior del país tiende a ser bituminoso y antracítico con porcentajes variados de volátiles y calidad para uso mayoritariamente metalúrgico. La minería en esta zona del país es poco tecnificada o de subsistencia⁶⁶.

7.5.3.2. Desarrollo, preparación y explotación (producción)

Posterior al estudio de factibilidad de los suelos, inicia la etapa de desarrollo y montaje para la explotación. Esta etapa incluye realización de obras de infraestructura, relocalización de fauna hacia nuevas áreas, delimitación de áreas del yacimiento, entre otros y finaliza con el inicio de producción en la mina. Por lo anterior, este eslabón de la cadena se caracteriza por costos fijos muy elevados, lo cual dificulta la entrada y salida de agentes al mercado.

Para la explotación existen diferentes métodos o sistemas que dependen de las características y condiciones del yacimiento, las restricciones ambientales y legales, entre otras. Los principales métodos utilizados en Colombia son a cielo abierto y subterráneo.

La explotación subterránea se realiza mediante túneles verticales, arranque con martillo neumático y explosivos y un transporte a superficie con vagonetas por cable de acero amarrados a equipos mecánicos. Por su parte, la minería a cielo abierto se realiza *"mediante un banqueo descendente en el que, con equipo minero de gran tamaño se remueven los estratos de material estéril y se disponen en depósitos aledaños al sitio de extracción o tajo, y el mineral de carbón, que se encuentra intercalado con los otros estratos"*⁶⁷.

Mientras que los proyectos a cielo abierto son a gran escala y altamente tecnificados, los del interior del país son de pequeña y mediana escala, poco productivos y con menor eficiencia de recuperación de carbón mineral.

7.5.3.3. Beneficio, clasificación y lavado

Una vez extraído, el carbón sufre un conjunto de procedimientos que permiten mejorar sus condiciones físicas y facilitar su transporte. En primer lugar, se surte el proceso de separación, consistente en la división de carbones con cualidades diferentes que, usualmente, se surte dentro de la mina. Posteriormente, se sustraen las rocas adyacentes e impurezas que pueden acompañar al carbón una vez se extrae de la mina. Luego, se reducen las dimensiones de los fragmentos de carbón mediante

⁶³ En los departamentos de La Guajira, Cesar y Córdoba.

⁶⁴ UPME, Mapas de producción y exportación de carbón, consultado el 17 de febrero de 2020, disponibles en: http://sig.simec.gov.co/GeoPortal/images/pdf/UPME_MI_Produccion_Exportacion_Carbon_2015.pdf

⁶⁵ En los departamentos de Norte de Santander, Cundinamarca, Boyacá, Antioquia, Valle del Cauca y Cauca.

⁶⁶ Unidad de Planeación Mineroenergética (UPME), Cadena de valor del carbón en Colombia 2012, consultado el 17 de febrero de 2020, disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Cadena_Carbon_2012.pdf

⁶⁷ Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, Diagnóstico de la información ambiental y social respecto a la actividad minera y la extracción ilícita de minerales en el país. Mayo de 2019. p. 24.

“Por la cual se archiva una investigación”

procedimientos de trituración, compresión, fricción, entre otros⁶⁸. El carbón triturado se clasifica mediante tamizado según su tamaño. Una vez clasificado, se surte un proceso de lavado y secado que permite la disminución del porcentaje de cenizas e impurezas del carbón y, finalmente, se mezclan y homogeneizan los carbones con diferentes propiedades para que la mezcla cumpla con los requisitos demandados por el mercado⁶⁹.

7.5.3.4. Transformación

En caso de ser necesario, se surte un proceso de transformación del carbón para producir otros materiales como coque, gas, amoníaco y brea, entre otros. Sin embargo, para el presente caso, esta etapa de la cadena de valor no resulta ser relevante toda vez que el carbón que se transporta para exportación es, en su mayoría, en estado natural.

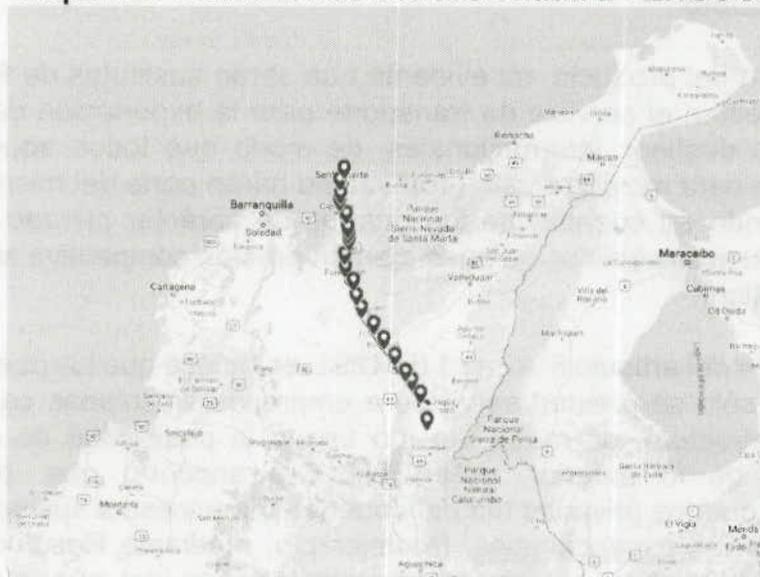
7.5.3.5. Transporte

Existen diferentes posibilidades para el transporte local del carbón desde las minas hasta los patios de acopio, ya sea para consumo interno, o hacia los puertos de embarque para exportación. Los principales son: vías férreas, volquetas o camiones, barcazas, bandas transportadoras y cables aéreos.

Los principales productores ubicados en la costa atlántica también se encuentran integrados en este eslabón de la cadena. **CERREJÓN** y **DRUMMOND**, quienes explotan cerca de la mitad de las áreas concesionadas en esta región, cuentan con concesiones férreas que conectan las minas que explotan con puertos privados que también tienen en concesión.

Colombia cuenta con dos corredores férreos habilitados para el transporte de carbón mineral. Uno de ellos es especializado y es propiedad exclusiva de **CERREJÓN**. Esta línea tiene una extensión de 150KM que va desde la mina en La Guajira hasta Puerto Bolívar. El segundo corresponde a la Red Férrea del Atlántico, línea concesionada a **FENOCO**, que va desde Chiriguana, Cesar hasta Santa Marta⁷⁰, Magdalena, como puede observarse en el siguiente mapa:

Mapa No. 1: Red férrea concesionada a FENOCO



Fuente: FENOCO⁷¹

⁶⁸ Cerrejón, Operación Minera. Consultado el 17 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.cerrejon.com/index.php/nuestra-operacion/operacion-minera/>

⁶⁹ Unidad de Planeación Mineroenergética (UPME), Cadena de valor del carbón en Colombia 2012, consultado el 17 de febrero de 2020, disponible en: http://www.upme.gov.co/Docs/Cadena_Carbon_2012.pdf

⁷⁰ Si bien la línea férrea se encontraba habilitada hasta Santa Marta, solo a partir de 2015 entró en operación la derivación hasta la Sociedad Portuaria Regional de Santa Marta.

⁷¹ Disponible en: <https://www.fenoco.com.co/index.php/mapa-ferroviario>, Consultado el 17 de febrero de 2020.

"Por la cual se archiva una investigación"

Por su parte, la infraestructura vial para el transporte en camiones o volquetas es la de mayor disponibilidad y más fácil acceso. Adicionalmente, interconecta todos aquellos productores sin acceso a corredores férreos o fluviales. Finalmente, el transporte por vía fluvial se reactivó en el país a partir de 2015, con posterioridad al cierre de frontera con Venezuela, que impactó el sector toda vez que los productores de las zonas de los "Santanderes" exportaban en su mayoría su carbón a través del puerto de Maracaibo. Este modo de transporte consiste en la movilización del carbón en barcazas por el río Magdalena hasta la zona portuaria de Barranquilla, Atlántico, y debe ser complementado con un tramo terrestre entre las minas y el centro de acopio, ubicado en Sardinata, Norte de Santander.

Una vez ubicado el carbón en el puerto, se realizan labores de descargue, acopio y cargue a los buques. De acuerdo con el Decreto 3083 de 2007, y con fines medioambientales, a partir del 1 de julio de 2010 todos los puertos marítimos del país debían implementar el cargue de carbón en naves a través de un sistema de cargue directo, utilizando bandas transportadoras encapsuladas.

7.5.4. Análisis de sustituibilidad

Teniendo en cuenta la cadena de valor descrita anteriormente, y que la presente investigación hace referencia a los servicios prestados por **PNSA** como operador portuario de **PUERTO NUEVO**, los agentes demandantes de servicios portuarios para la exportación de carbón son los productores del mismo. En su mayoría, esta demanda está compuesta por el grupo de productores que no se encuentran integrados verticalmente para la totalidad de la cadena de valor, incluyendo los servicios de transporte para exportación del producto. Por su parte, los agentes oferentes del servicio son los puertos, ya sea de carácter público o privado, con infraestructura necesaria para el transporte de carbón.

7.5.4.1. Sustituibilidad de la demanda

Respecto del mercado tanto de producto como geográfico, corresponde a este Despacho determinar cuáles puertos son, para los consumidores, sustitutos de **PUERTO NUEVO**, de modo que ejerzan presión competitiva sobre sus decisiones en el mercado. Por lo anterior, el Despacho procederá a analizar ambas dimensiones para posteriormente concluir sobre el mercado relevante.

7.5.4.1.1. Mercado Producto

En cuanto a la dimensión del producto, es evidente que serán sustitutos de **PUERTO NUEVO** todos aquellos puertos que presten el servicio de transporte para la exportación de carbón mineral desde puertos marítimos hacia destinos internacionales, de modo que todos aquellos que no tengan la infraestructura necesaria para movilizar este producto no harán parte del mismo mercado relevante. Adicionalmente, y teniendo en cuenta que los puertos de carácter privado son de uso propio del concesionario, son los puertos públicos quienes ejercen presión competitiva sobre **PUERTO NUEVO**, también de carácter público.

De hecho, el numeral 5.14 del artículo 5 la Ley 1 de 1991, establece que los puertos de carácter privado son aquellos en donde sólo se prestan servicios a empresas vinculadas con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura, de modo que no tienen la posibilidad de prestar sus servicios a terceros. Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho encontró que, previa autorización del **MINTRANSPORTE**, los puertos privados también pueden dar acceso a sus servicios e infraestructura a terceros en circunstancias excepcionales. Por ejemplo, mediante Resolución No. 1228 de 2014 autorizó, de manera excepcional, el uso de las instalaciones del puerto de **AMERICAN PORT COMPANY**, conocido como **PUERTO DRUMMOND**, por parte de **CNR**. Sin embargo, en la actualidad estas medidas se encuentran suspendidas temporalmente.

En este sentido, coincide el Despacho con la definición de mercado de producto presentada por la Delegatura en la Resolución No. 5832 de 2016, en donde se indicó que la misma correspondía a todos

“Por la cual se archiva una investigación”

aquellos puertos públicos con capacidad de movilización de carbón desde puertos marítimos a destinos internacionales.

7.5.4.1.2. Mercado Geográfico

Sobre la dimensión geográfica, deben determinarse los puertos con infraestructura para movilización de carbón sustitutos de **PUERTO NUEVO** durante el periodo investigado, esto es, abril de 2013 a abril de 2017. Para tal fin, el Despacho analizó las diferentes pruebas obrantes en el Expediente, que, como se verá, dan cuenta de que el mercado geográfico en el presente caso no puede circunscribirse únicamente al área de Ciénaga, Magdalena, como lo hace la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación.

En primer lugar, y de acuerdo con lo informado por **CNR**⁷² en respuesta a un requerimiento realizado en el marco de la presente investigación, esta empresa, que explotaba la mina La Francia, ubicada en El Paso, Cesar, realizó sus exportaciones por diferentes puertos y mediante diferentes modalidades. De acuerdo con lo indicado, **CARBOSAN LTDA.** (en adelante “**CARBOSAN**”), en el Puerto de Santa Marta⁷³, fue el principal puerto mediante el cual exportó su carbón (durante 2012 y, posteriormente, a partir de 2015).

En este sentido, **JUAN CARLOS GÓMEZ FERNÁNDEZ**, representante legal de **CNR**, indicó lo siguiente en testimonio rendido ante esta Superintendencia:

*“**EMILIO ARCHILA:** ¿Usted le puede ilustrar al Despacho si durante los años de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, la compañía a la que usted representa ha tenido contratos con **CARBOSAN** para utilizar el puerto de ellos?”*

JUAN CARLOS GÓMEZ FERNÁNDEZ: Sí

*“**EMILIO ARCHILA:** Nos puede ilustrar para cada uno de esos años, ¿cuántas toneladas se comprometieron ustedes a entregar?”*

JUAN CARLOS GÓMEZ FERNÁNDEZ: Sí, pero mejor dicho, no tengo, no tengo el detalle específico de si son 2 millones 755, pero todos los compromisos que hicimos con ellos, ¿sí?, hasta, hasta principios del 2017 estaban encaminados a sacar nuestra producción de La Francia de 3 millones de toneladas⁷⁴.

De lo anterior resulta claro que para **CNR**, **CARBOSAN** constituía, durante el periodo investigado, una alternativa viable para la exportación de una cantidad significativa de carbón.

Es importante resaltar que debido a compras por parte de los accionistas de **CNR**, durante el segundo semestre de 2012 esta empresa contó con participación accionaria en la Sociedad Portuaria Río Córdoba (en adelante “**SPRC**”), de modo que desde allí realizó sus exportaciones durante un periodo de tiempo corto. Debe indicarse que la mina en mención estuvo bloqueada mediante vías de hecho por parte de terceros entre enero y septiembre de 2013, de modo que en este periodo no produjo carbón y, por consiguiente, no requería de instalaciones portuarias.

Por otro lado, **JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA ARAGÓN**, representante legal de **CARBONES SURAMERICANOS**, empresa que explota una mina de carbón ubicada en Cundinamarca, respondió lo siguiente ante el cuestionamiento de esta Superintendencia de por qué su empresa no presentó más solicitudes de acceso a **PUERTO NUEVO** después de que, al realizar la primera, se le indicara que pese a que el puerto estaba en operación no se habían definido aún las condiciones que deberían cumplir los potenciales usuarios del puerto:

⁷² Folios 4217 a 4222 del Cuaderno RESERVADA REQUERIMIENTOS OTRAS EMPRESAS No. 1.

⁷³ **CARBOSAN** es un operador portuario dedicado al cargue exclusivo de carbón dentro del puerto de Santa Marta.

⁷⁴ Declaración de **JUAN CARLOS GÓMEZ FERNÁNDEZ**, Min. 01:50:00:00, Folio 4822 de la carpeta RESERVADA AUDIENCIAS No. 2.

"Por la cual se archiva una investigación"

DELEGATURA: Señor García, recuerda usted por qué no hubo más solicitudes, o sea, más o menos recuerda qué pasó, contextualícenos un poco del por qué, cómo se dio toda esta solicitud, por qué no hubo más, si se acuerda y si es de su conocimiento por favor.

JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA: A ver, nosotros cuando arrancamos la empresa en el año 2004, iniciamos usando el Puerto Mamonal en Cartagena, luego de puerto Mamonal nosotros migramos a hacer las exportaciones por el puerto de Barranquilla, por la Sociedad Portuaria del Norte, luego pues nos fuimos haciendo a buques más grandecitos ya eran más de 20 -25 mil toneladas, para nosotros eso ya son buques de buen tamaño, aunque digamos que para puertos del tamaño de **PUERTO NUEVO** son buques todavía pequeños. Luego migramos también al puerto de Buenaventura por el muelle 13 y estábamos alternando, digamos, entre los dos, entre PUERTO NUEVO y Cartagena, dependiendo, digamos, el destino a donde fuera el carbón y las condiciones, digamos, de transporte o el costo del transporte desde el interior de las minas hacia los puertos. Entonces, digamos, en tener abierta la mejor opción portuaria posible para Carbones Suramericanos, pues siempre estaba uno como atento a otras posibilidades de prestación de servicio en el país y cuando se anunció en la prensa, alrededor de esa época que **PUERTO NUEVO** estaba entrando en servicio, pues esa fue la razón que nosotros, digamos, presentamos la solicitud de una propuesta para el servicio y, pues nosotros continuábamos, digamos, con las operaciones que teníamos en el otro puerto, y después que nos contestaron esta carta pues no volvimos a hacer otra, otra solicitud.

DELEGATURA: ¿Recuerda usted por qué no quisieron hacer más solicitudes?

JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA: Pues ya estábamos operando entre Cartagena y Buenaventura y pues digamos que funcionaba bien y por ninguna razón específica no lo volvimos a hacer⁷⁵.

Como puede observarse, para **CARBONES SURAMERICANOS, PUERTO NUEVO** resultaba ser una opción que podía ser alternada e incluso reemplazada por puertos como Mamonal, en Cartagena y el Puerto de Barranquilla. Incluso, en ocasiones, dependiendo del destino, podía ser reemplazado por el Puerto de Buenaventura. Es importante resaltar que, de acuerdo con el testimonio del representante legal de esta empresa, el puerto de Mamonal contó con sistema de cargue directo a partir de 2014⁷⁶. Esto puede comprobarse con la información reportada por dicho puerto, que se presentará más adelante.

JUAN CARLOS QUINTERO CASTRO, Gerente de **CARBOANDES** (una de las empresas que firmó inicialmente el Memorando de Entendimiento para participar en la construcción y operación de **PUERTO NUEVO** y posteriormente declinó su participación), indicó en su testimonio ante esta Superintendencia que una de las razones por las cuales dejaron de presentar interés en el proyecto era la posibilidad de hacer uso de **CARBOSAN**, en el puerto de Santa Marta, sociedad portuaria en la cual además contaban con una participación minoritaria⁷⁷. Si bien esto último implicaba una ventaja para la empresa de hacer uso del puerto ubicado en Santa Marta, lo cierto es que esta decisión refleja la existencia de sustituibilidad entre los dos puertos pues, de no serlo, poder exportar carbón por **CARBOSAN** no hubiese significado una pérdida de interés de exportar por **PUERTO NUEVO**. En dicho testimonio, se manifestó que **CARBOSAN** era uno de los pocos puertos que, desde muy temprano en el tiempo, tenía el sistema de cargue directo requerido por **MINTRANSPORTE**⁷⁸.

⁷⁵ Declaración de **JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA ARAGÓN**, Min. 11:00 a 13:30, Folio 5512 cuaderno RESERVADA AUDIENCIAS No. 3.

⁷⁶ Declaración de **JOSÉ JOAQUÍN GARCÍA ARAGÓN**, Min. 17:25, Folio 5512 cuaderno RESERVADA AUDIENCIAS No. 3.

⁷⁷ Declaración de **JUAN CARLOS QUINTERO CASTRO**, Min. 54:15, Folio 4831 cuaderno RESERVADA AUDIENCIAS No. 2.

⁷⁸ Declaración de **JUAN CARLOS QUINTERO CASTRO**, Min. 1:05, Folio 4831 cuaderno RESERVADA AUDIENCIAS No. 2.

“Por la cual se archiva una investigación”

De la información requerida a las Sociedades Portuarias operadoras de los puertos de Santa Marta (a través del operador portuario **CARBOSAN**), Mamonal, Barranquilla y Buenaventura (a través de **GRUPO PORTUARIO S.A.**, en adelante “**GRUPO PORTUARIO**” en el Muelle 13), este Despacho encontró que durante el periodo 2013-2016, se exportó carbón en los volúmenes que se detallan a continuación y, que en el contexto de capacidad requerida por los exportadores de carbón que durante el periodo investigado no contaban con un puerto privado, resultan ser significativas:

Tabla No. 6: Toneladas de carbón exportadas por los puertos públicos 2013-2017

Año	CARBOSAN	PUERTO DE BARRANQUILLA	MAMONAL	GRUPO PORTUARIO
2013	1.837.155,21	647.608,72	544.927,34	872.827,78
2014	1.154.131,08	714.268,82	424.963,50	809.502,71
2015	3.494.183,65	595.699,19	403.604,37	997.757,14
2016	3.673.187,20	701.153,3	362.094,10	724.738,11

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁷⁹

De todo lo anterior puede concluirse que existe evidencia que permite a este Despacho determinar que, para la demanda, existían puertos localizados en zonas geográficas diferentes a Ciénaga, Magdalena, que podrían considerarse sustitutos imperfectos de **PUERTO NUEVO**, de modo que ejercerían cierto grado de presión competitiva sobre este último. Si bien es cierto que los mismos no tenían la capacidad de movilizar el mismo volumen de carbón que **PUERTO NUEVO** o que el transporte hasta el puerto mediante ferrocarril es más barato que mediante camiones, lo cierto es que la evidencia lo que muestra es que estos puertos sí constituyeron alternativas reales y viables tanto de manera previa a la puesta en funcionamiento del puerto como de manera simultánea y posterior a la misma. En este punto es importante recordar que, toda vez que los agentes económicos exportadores de carbón más grandes del país cuentan con un puerto privado, los principales demandantes de los servicios de **PUERTO NUEVO** son exportadores de pequeñas cargas de carbón.

7.5.4.2. Sustituibilidad de la oferta y otras consideraciones

Respecto de la competencia potencial que tendrían los puertos existentes con infraestructura necesaria para la exportación de carbón, este Despacho encuentra que existen altos costos hundidos, ajustes significativos y estructurales de infraestructura, así como barreras legales para la obtención o modificación de una concesión portuaria en Colombia. Así las cosas, no se encuentra factible que, al menos en el corto plazo, un agente de mercado entre a prestar servicios de transporte de carbón para exportación desde puertos marítimos a destinos internacionales.

Por lo anterior, es posible concluir que por la existencia de altas barreras a la entrada, no es posible que otros agentes participantes en otros mercados o potenciales entrantes, en el corto plazo, puedan cubrir la demanda por servicios portuarios para la exportación de carbón.

7.5.5. Conclusiones del mercado relevante

- **PUERTO NUEVO** es un puerto público que presta el servicio de transporte para la exportación de carbón mineral en Ciénaga, Magdalena.
- Teniendo en cuenta la cadena de valor del carbón mineral en Colombia, existen agentes que se encuentran verticalmente integrados a lo largo de la cadena y otros productores de carbón que demandan servicios de transporte para la exportación del carbón que producen.

⁷⁹ Folios 3990 y 4271 a 4274 del Cuaderno RESERVADA REQUERIMIENTOS OTRAS EMPRESAS No. 1, Folio 5074 del Cuaderno RESERVADA REQUERIMIENTOS OTRAS EMPRESAS No. 2 y Folio 6498 del Cuaderno RESERVADA REQUERIMIENTOS OTRAS EMPRESAS No. 3. Para los cálculos presentados en esta tabla, se utilizó la información reportada por las Sociedades Portuarias operadoras de los puertos para los años objeto de análisis sobre el total de toneladas movilizadas de carbón mineral. La información de carga movilizada en el Puerto de Buenaventura no incluye aquella movilizada por la Sociedad Portuaria de Buenaventura que, en cualquier caso, fue esporádica y representa un porcentaje muy bajo del total.

"Por la cual se archiva una investigación"

- Para transportar el carbón desde la mina hasta el puerto, los productores pueden utilizar una vía férrea, un sistema fluvial de barcazas o transportarlo terrestremente a través de volquetas y camiones.
- En todos los puertos del país, por regulación, desde 2010, el sistema de cargue del carbón a los buques es directo, a través de bandas transportadoras.
- A excepción de ciertas circunstancias particulares, los puertos privados no son sustitutos de los puertos públicos pues, por ley, no pueden prestar su servicio a terceros.
- Se encontró evidencia en el Expediente de que los demandantes de servicios portuarios para exportación de carbón, durante el periodo investigado, sí encontraban puertos sustitutos de **PUERTO NUEVO**.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho encuentra que existe evidencia en el Expediente que le permite determinar que el mercado geográfico relevante para la presente investigación no se circunscribe únicamente a la zona portuaria de Ciénaga, Magdalena. En este sentido, una vez analizados los diferentes elementos probatorios obrantes en el Expediente, se advierte que el mercado relevante expuesto en la Resolución de Apertura de Investigación, consistente en el servicio de transporte de carbón desde puertos marítimos hacia destinos internacionales, específicamente el servicio prestado en la zona de Ciénaga, Magdalena, no estuvo correctamente definido, pues no fue soportado de manera adecuada y robusta con las pruebas obrantes en el Expediente.

De esta forma, resultaría necesario realizar una nueva definición del mercado relevante, lo cual, como se ha manifestado en anteriores ocasiones por esta Superintendencia⁸⁰, podría conducir a la violación del principio de congruencia por cuanto se estaría modificando una parte sustancial de la imputación fáctica realizada en la Resolución de Apertura de Investigación.

En efecto, la definición de mercado relevante en actuaciones administrativas relacionadas con conductas unilaterales de abuso de posición dominante (artículo 50 del Decreto 2153 de 1992) es de la esencia del análisis que conduce esta Autoridad. Así, contrario a lo que sucede en investigaciones administrativas sancionatorias por actos de cartelización empresarial, en donde no se requiere adelantar la tarea de definir el mercado relevante, en los casos de abuso de posición dominante (al igual que en integraciones empresariales⁸¹) una adecuada definición del mercado relevante es estrictamente necesaria y fundamental para determinar la posición de las empresas investigadas en el mercado, y así estudiar cuál es su poder de mercado y si ostenta posición de dominio, es decir, si tiene la capacidad para determinar o influir, de manera unilateral, en las variables económicas correspondientes, tales como precio, cantidades y calidad.

Nótese que esta posición se encuentra conforme con los diferentes pronunciamientos que se han hecho en el ámbito internacional por parte de tribunales, organizaciones y diferentes doctrinantes expertos en la materia. A modo de ejemplo, se resalta la decisión tomada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin N.V. vs la Comisión*, en la cual se resaltó la importancia de la definición del mercado relevante en aras de poder determinar una eventual posición de dominio de un competidor. De esta forma, el Tribunal manifestó que:

*"Como lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, más recientemente en su sentencia de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal (31/80, ↔ Rec. p. 3775), **para el examen de la posición eventualmente dominante de una empresa en un mercado determinado, las posibilidades de competencia deben apreciarse en el marco del mercado que agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos**. No obstante, procede señalar que **la determinación del mercado relevante***

⁸⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25251 del 13 de abril de 2018.

⁸¹ *Ibidem*.

“Por la cual se archiva una investigación”

tiene por objeto evaluar si la empresa de que se trata tiene la posibilidad de impedir el mantenimiento de una competencia efectiva y de obrar, en buena medida, de forma independiente con respecto a sus competidores, sus clientes y los consumidores en general. En consecuencia, no cabe, para ello, limitarse únicamente al examen de las características objetivas de los productos relevantes, sino que es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en dicho mercado”⁸² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, el mismo Tribunal Europeo, en sentencia del 12 de diciembre de 1991, en el caso *Hilti AG vs la Comisión*, volvió a resaltar la necesidad de adelantar una efectiva definición del mercado relevante presuntamente afectado previo a determinar la existencia de una posición dominante y un abuso de la misma. En dicha ocasión se estableció que:

“En primer lugar, se debe señalar que, para determinar la posición que Hilti ocupa en el mercado, es preciso comenzar por definir el mercado de referencia, pues las posibilidades de competencia sólo pueden valorarse en función de las características de los productos de que se trate, en virtud de las cuales dichos productos son particularmente aptos para satisfacer necesidades constantes y no pueden sustituirse fácilmente por otros productos (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Continental Can*, 6/72, antes citada, apartado 32)”⁸³

Igualmente, en uno de los casos más icónicos en el derecho de la competencia europeo, *United Brands Co vs La Comisión*, el Tribunal de Justicia enfatizó en la necesidad de definir correctamente el mercado relevante presuntamente afectado para determinar la existencia de una posición dominante en los siguientes términos:

“Considerando que para apreciar si UBC ocupa una posición dominante en el mercado de los plátanos hay que delimitar dicho mercado tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico”⁸⁴

Y agregó:

“que las posibilidades de competencia en relación con el artículo 86 del Tratado [abuso de posición de dominio] deben examinarse en función de las características del producto de que se trata y con referencia a una zona geográfica definida en la que se comercializa dicho producto y en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas como para permitir apreciar los efectos de la potencia económica de la empresa interesada”⁸⁵.

La importancia de la definición del mercado relevante para la determinación de la posición de dominio ha sido resaltada igualmente por otras autoridades de competencia en el mundo. Así, el entonces “Office of Fair Trading”, hoy “Competition and Market Authority” (CMA) del Reino Unido, manifestó en el marco de sus guías de derecho de la competencia del año 2004 que:

“Por lo tanto, la definición del mercado es importante en el proceso de establecer si un acuerdo o una conducta en particular se encuentra bajo el alcance de las normas de la libre competencia:

⁸² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 9 de noviembre de 1983. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61981CJ0322&from=EN>

⁸³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 12 de diciembre de 1991. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61989TJ0030&from=EN>

⁸⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1744617>

⁸⁵ Ibidem.

"Por la cual se archiva una investigación"

(...)

Los artículos 82 y sección 18(1) de la Ley de Competencia de 1998 [Competition Act 1998] (Capítulo II prohibiciones) aplican únicamente para empresas dominantes. La OFT [hoy CMA] no considerará que una empresa es dominante a menos que dicha compañía ostente un sustancial poder de mercado. **La definición del mercado relevante es una primera etapa necesaria en la evaluación respecto a si una empresa es o no dominante**⁸⁶.

Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile ha establecido que al definirse de manera incorrecta el mercado relevante, no es posible concluir la existencia de una posición de dominio y por tanto tampoco de un abuso de la misma. Adicionalmente, es de resaltar que el Tribunal chileno ha manifestado que no habiendo quedado demostrada la posición dominante, se hace innecesario proceder con el análisis en detalle de las conductas presuntamente reprochable:

"Septuagésimo. Que, entonces, teniendo en consideración los argumentos ya descritos, este Tribunal concluye que Banco Estado no tiene poder de mercado en la adquirencia y procesamiento de transacciones con tarjetas de débito y crédito en Chile y, por lo tanto, no es posible que haya ejecutado abuso alguno de posición dominante en esos mercados, razón por la cual se hace innecesario analizar en detalle las conductas de negativa de contratar y de venta atada imputadas por las demandantes, sin perjuicio de lo señalará en la consideración siguiente"⁸⁷ (Subraya fuera de texto original)

Ahora bien, la OCDE ha resaltado de igual forma el estrecho vínculo existente entre la definición de un mercado relevante y la determinación de una posición dominante. En este sentido, dicha organización ha establecido que:

"Para determinar si una firma ostenta o no una posición dominante debe hacerse referencia a un mercado relevante previamente definido. Esto es, una firma tiene posición de dominio o es un monopolio o tiene poder de mercado únicamente respecto a un mercado determinado. (...) La definición del mercado relevante es de gran importancia para el análisis subsiguiente.

(...)

En la mayoría de los países, **determinar un abuso de posición de dominio requiere diferentes etapas: definir el mercado relevante**, determinar si una firma es o no dominante teniendo en cuenta su participación de mercado, barreras de entrada y otras características, y evaluando si su comportamiento fue o no abusivo en los términos de las normas de libre competencia⁸⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Finalmente, la doctrina especializada ha mantenido la misma posición de los diferentes tribunales y organizaciones internacionales al considerar como una primera tarea a la hora de determinar la existencia de una posición dominante el definir de manera adecuada un mercado relevante:

"La primera etapa en cualquier investigación por abuso de posición de dominio consiste en definir el mercado relevante y evaluar si la compañía investigada ostenta una posición dominante o no. (...) La evaluación respecto al grado de dominancia es siempre

⁸⁶ Guías sobre Derecho de la Competencia. Office of Fair Trading (hoy Competition and Market Authority – CMA). 2004. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf

⁸⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Chile. Sentencia No. 142 de 2015. Disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_142_2015.pdf

⁸⁸ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE -. *Policy roundtables. Abuse of Dominance and Monopolisation*. 1996. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/2379408.pdf>

“Por la cual se archiva una investigación”

una primera etapa de gran utilidad en el análisis de los efectos que podría tener la supuesta conducta abusiva. (...)⁸⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, teniendo en cuenta el anterior análisis y habiendo llegado a la conclusión de que el mercado relevante delimitado en la Resolución de Apertura de Investigación no estuvo correctamente definido, este Despacho decide archivar la presente investigación en favor de todos los investigados, por lo que no resulta válido ni procedente entrar a analizar la eventual posición de dominio, ni cada una de las conductas por medio de las cuales aparentemente se habría configurado el abuso de la misma.

En virtud de lo anterior, y por sustracción de materia, tampoco se hará mención respecto a los diferentes argumentos planteados por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado ni sobre las pruebas solicitadas por algunos de ellos, sin dejar de advertir, en todo caso, que el término para presentar las observaciones al Informe Motivado no es una oportunidad para solicitar el decreto ni la práctica de pruebas.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR la investigación iniciada contra **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.**, identificada con Nit. 900.273.253-2, por presuntamente haber incurrido en las conductas anticompetitivas establecidas en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: ARCHIVAR la investigación iniciada contra **C.I. PRODECO S.A.**, identificada con Nit. 860.041.312-9, por presuntamente haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR la investigación iniciada contra **ABRAHAM SMIT**, identificado con la cédula de extranjería No. 432.997; **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.781.156; **CHRISTOPHER IAN PHILLIPS**, identificado con cédula de extranjería No. 312.541; **DARREN LEIGH THOMPSON**, identificado con cédula de extranjería No. 436.380; **FREDERICK WILLIAM SMITH**, identificado con cédula de extranjería No. 411.876; **GARY NAGLE**, identificado con cédula de extranjería No. 354.705; **MARK JOHN MCMANUS**, identificado con cédula de extranjería No. 428.978; **MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.271.388; **NICOLÁS GÓMEZ OLARTE**, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.005.853; y **TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.717.077, por presuntamente haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.**, identificada con Nit. 900.273.253-2, **C.I. PRODECO S.A.**, identificada con Nit. 860.041.312-9, **ABRAHAM SMIT**, identificado con la cédula de extranjería No. 432.997; **BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.781.156; **CHRISTOPHER IAN PHILLIPS**, identificado con cédula de extranjería No. 312.541; **DARREN LEIGH THOMPSON**, identificado con cédula de extranjería No. 436.380; **FREDERICK WILLIAM SMITH**, identificado con cédula de extranjería No. 411.876; **GARY NAGLE**, identificado con cédula de extranjería No. 354.705; **MARK JOHN MCMANUS**, identificado con cédula de extranjería No. 428.978; **MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.271.388; **NICOLÁS GÓMEZ OLARTE**, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.005.853; y **TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.717.077, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante

⁸⁹ Niels, G; Kenkins, H; Kavanagh, J. "Economics for competition lawyers". Segunda Edición. Oxford University Press, 2016. Pág. 158. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

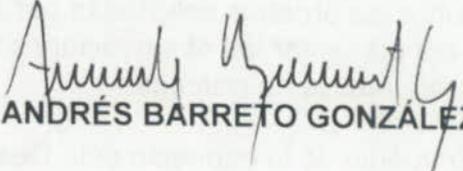
"Por la cual se archiva una investigación"

el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los **13 MAR 2020**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: T. Posada, A. García y JE. Gómez
Revisó y Aprobó: A. Pérez

NOTIFICAR:**SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.**

Nit. 900.273.253-2

C.I. PRODECO S.A.

Nit. 860.041.312-9

Apoderado

DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO

Cédula de ciudadanía No. 79.556.665

Tarjeta Profesional No. 76.433 del C.S. de la J.

Calle 90 # 19-41, Oficina 301

Bogotá, Colombia

GARY NAGLE

Cédula de extranjería No. 354.705

CHRISTOPHER IAN PHILLIPS

Cédula de extranjería No. 312.541

MIGUEL ÁNGEL MONTOYA RODRÍGUEZ

Cédula de ciudadanía No. 10.271.388

NICOLÁS GÓMEZ OLARTE

Cédula de ciudadanía No. 72.005.853

ABRAHAM SMIT

Cédula de extranjería No. 432.997

DARREN LEIGH THOMPSON

Cédula de extranjería No. 436.380

FREDERICK WILLIAM SMITH

Cédula de extranjería No. 411.876

TOMÁS ANTONIO LÓPEZ VERA

Cédula de ciudadanía No. 16.717.077

MARK JOHN MCMANUS

Cédula de extranjería No. 428.978

Apoderado

DAVID TORO OCHOA

Cédula de ciudadanía No. 1.039.449.029

Tarjeta Profesional No. 229.490 del C.S. de la J.

Calle 90 # 19-41, Oficina 301

Bogotá, Colombia

“Por la cual se archiva una investigación”

BERNARDO ANDRÉS ÁVILA GARCÍA

Cédula de ciudadanía No. 79.781.156

Apoderado

JORGE JAECKEL KOVAES

Cédula de ciudadanía No. 80.410.552

Tarjeta Profesional No. 64.720 del C.S. de la J.

Carrera 15 No. 93 A-62, Oficina 401

Bogotá-Colombia

