



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 083327 DE 2021

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 dispone que:

“Artículo 4. (Modificado por el artículo 9, Ley 1340 de 2009). Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio o;

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

En los eventos en que los interesados cumplan con algunas de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.

(...)”.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el No. 21-326090-0 del diecisiete (17) de agosto de 2020, **GLENCORE INTERNATIONAL AG** (en adelante, **GLENCORE**), presentó una solicitud de pre-evaluación que pretenden realizar las sociedades **GLENCORE**, **ANGLO AMERICAN PLC** (en adelante, **ANGLO AMERICAN**) y **BHP GROUP LIMITED** (en adelante, **BHP**) (en adelante y de manera conjunta, **INTERVINIENTES**), la

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

cual consiste en la adquisición, por parte de **GLENCORE**, de la totalidad de las acciones o participaciones societarias que actualmente controlan **ANGLO AMERICAN** y **BHP** en el *joint venture* denominado "**Cerrejón**", el cual está conformado por las sociedades **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, **CERREJÓN ZONA NORTE S.A.** y **CMC COAL MARKETING COMPANY DAC**¹.

TERCERO: Que en cumplimiento de lo previsto en el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 y en el numeral 2.3.2 de la Resolución No. 2751 de 2021, mediante oficio radicado con el No. 21-326090-4 del 20 de agosto de 2021, se ordenó la publicación del inicio del procedimiento de autorización de la operación presentada, en la página *web* de esta Superintendencia².

CUARTO: Que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación del inicio del procedimiento de autorización de la operación en la página *web* de esta Superintendencia, plazo señalado en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, se recibieron observaciones y comentarios de **DRUMMOND LIMITED (SUCURSAL COLOMBIA)**³, en relación con la operación proyectada.

QUINTO: Que mediante comunicación radicada con el No. 21-326090- 13 del 6 de septiembre de 2021 se envió requerimiento de información a las **INTERVINIENTES**, quienes allegaron la información solicitada por esta Superintendencia mediante radicados Nos. 21-326090-17 y 18 del 23 de septiembre de 2021.

SEXTO: Que dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la información de la operación proyectada, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia consideró procedente dar paso al estudio de fondo de la operación proyectada. Así, mediante comunicación radicada con el No. 21-326090-21 del 27 de septiembre de 2021, se le informó a las **INTERVINIENTES** que se daba paso a la segunda etapa del trámite presentado. Mediante radicado No. 21-326090-22 del **20 de octubre de 2021**, las **INTERVINIENTES** allegaron la información solicitada por esta Superintendencia.

SÉPTIMO: Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicaciones radicadas con los Nos. 21-326090-25, 21-326090-26 y 21-326090-27 del nueve (9) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), esta Entidad requirió a la **AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA** (en adelante, **ANM**), al **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** (en adelante, **MINMINAS**) y a la **SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE** (en adelante, **SUPERTRANSPORTE**), con el fin de que, de considerarlo pertinente, emitieran concepto técnico frente a la operación informada a esta Superintendencia por las **INTERVINIENTES**.

El **MINMINAS** y la **SUPERTRANSPORTE**, a través de comunicaciones radicadas con los Nos. 21-326090-35 del 26 de noviembre de 2021 y 21-326090-43 del 9 de diciembre de 2021, aportaron conceptos técnicos frente a la operación de integración empresarial proyectada. La **ANM** no aportó concepto técnico.

OCTAVO: Que en cumplimiento del numeral 2.5.4 del Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante comunicación No. 21-326090-34 del 22 de noviembre de 2021, se citó a las **INTERVINIENTES** a una reunión de carácter virtual, con el fin de informarles sobre los posibles efectos anticompetitivos de la operación, encontrados de forma preliminar por esta Superintendencia. La reunión fue llevada a

¹ Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 0, página 1 (Documento PDF). Entiéndase que cuando se hace referencia al "Expediente", este corresponde al anterior radicado.

² Disponible en: <https://www.sic.gov.co/integraciones-inicio-autorizacion>. Consulta 5 de noviembre de 2021.

³ Radicado No.: 21-326090-11.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

cabo a través de la plataforma *Meet* de *Google* el 7 de diciembre de 2021.

NOVENO: Que de acuerdo con lo ordenado en el artículo 4 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, la notificación o comunicación de los actos administrativos se realizará por medios electrónicos, a la dirección electrónica que aparezca informada por los solicitantes del procedimiento administrativo. Lo anterior, hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, con ocasión de la enfermedad coronavirus COVID-19.

DÉCIMO: Que una vez hechas las anteriores consideraciones y dentro del término previsto en el numeral 5 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho procede a pronunciarse respecto de la operación de integración informada, en los siguientes términos:

10.1 INTERVINIENTES EN LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN

10.1.1. GLENCORE GROUP

GLENCORE PLC es una sociedad constituida en Jersey, con sede en Baar, Suiza. Las acciones ordinarias de Glencore cotizan en el mercado principal de la Bolsa de Valores de Londres, con una cotización secundaria en la Bolsa de Valores de Johannesburgo. **GLENCORE** es una empresa global diversificada de recursos naturales activa como productora y comercializadora de más de 60 productos básicos. Sus operaciones directas e indirectas comprenden alrededor de 150 sitios mineros y metalúrgicos y activos de producción de petróleo.

El negocio del **GRUPO GLENCORE** se organiza en torno a los siguientes dos segmentos:

i. **Industrial:** se centra en las operaciones de producción, minería, fundición, refinación y almacenamiento de productos básicos tales como cobre, níquel, zinc, plomo, ferrocromo y alúmina / aluminio, además de invertir en operaciones de extracción de carbón y producción de petróleo, puertos, buques e instalaciones de almacenamiento.

ii. **Comercialización:** se centra en el abastecimiento de materias primas tales como cobre, zinc, níquel, ferroaleaciones, plomo, carbón, alúmina / aluminio y petróleo crudo con fines de arbitraje.

GLENCORE comprará cada uno de los intereses de **ANGLO AMERICAN** y **BHP** en las empresas objetivo "**Cerrejón**", a través de subsidiarias cuya propiedad total es de **GLENCORE**, las cuales se listan a continuación.

Tabla No. 1
Subsidiarias de GLENCORE

SUBSIDIARIAS	DESCRIPCIÓN
Glencore Cerrejón Limited	Subsidiarias de propiedad total de Glencore . Tienen como actividad principal la tenencia de acciones en compañías operativas. El Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de las compañías es 6420: actividades de compañías matrices.
Tironimus AG	
Glencore (Suiza) AG	
Glencore International Investments Ltd.	
Hutchinson Financial Corp.	
Glencore South America Limited	

Fuente: Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 0, páginas 14 y 15 (Documento PDF).

GLENCORE tiene una participación del ████% en **Glencore Colombia S.A.S.** (compañía que proporciona servicios de soporte al Grupo Glencore en Colombia) y **Glencore Energy Colombia S.A.S.** (compañía petrolera que apoya el negocio de productos petroleros). Subsidiarias locales a través de las cuales **GLENCORE** explota negocios en Colombia. No obstante, estas compañías no hacen parte de la operación de integración.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

De otra parte, en Colombia, **GLENCORE** tiene la propiedad del 100% en el **Grupo Prodeco** (en adelante, **PRODECO**), que comprende:

- I. **CI Prodeco S.A.**, que es concesionaria de la Mina Calenturitas ubicada en el departamento del Cesar; y
- II. **Carbones de la Jagua S.A., Consorcio Minero Unido S.A. y Carbones El Tesoro S.A.**, que en conjunto son concesionarias de la Mina La Jagua ubicada en el departamento del Cesar.

GLENCORE aclara en el documento de pre-evaluación que dichas minas cesaron sus operaciones, sin que exista extracción de carbón térmico por parte de **PRODECO** desde marzo de 2020. Adicionalmente, el 4 de febrero de 2021, **GLENCORE** (a través de **PRODECO**) presentó su propuesta de renuncia a los contratos mineros de las Minas Calenturitas y La Jagua, iniciando así su proceso de renuncia de las concesiones mineras a la República de Colombia a través de la **ANM**. Al respecto, el 6 de septiembre de 2021 la **ANM** aprobó la renuncia en relación con las más significativas concesiones asociadas con esas minas, y en consecuencia se dio inicio al proceso de liquidación de los contratos mineros. Así, la operación de las Minas Calenturitas y La Jagua permanecerá cerrada y en estado de cuidado y mantenimiento hasta se complete la entrega final de la infraestructura minera a la **ANM**⁴.

A continuación, se muestran los Contratos de Concesión Minera en los que **GLENCORE** tiene participación en Colombia.

Tabla No. 2
Contratos de Concesión Minera en los que Glencore tiene Participación en Colombia

Titular	Contratos de concesión minera	Participación indirecta de Glencore en el Titular del Contrato	Nombre del Proyecto	Departamento
C.I. Prodeco S.A.	044-89	100%	Calenturitas	Cesar
Carbones de la Jagua S.A.	HKT-08031, DKP-141 y 285-95	100%	La Jagua	
Consorcio Minero Unido S.A.	109-90	100%		
Carbones el Tesoro S.A.	132-97	100%		
CDC	146-97, 081-91 y 146-97	33.33%	Cerrejón	La Guajira
Comunidad de El Cerrejón - Participación de CDC como operador	RPP-0011	Participación como operador del 94,46%		
CDC y CZN	00-1976	33.33%		
Consorcio CZN y CDC	067-2001	33.33%		

Fuente: GTIE-SIC⁵ con base en información pública de la ANM⁶.

⁴ Documento "21326090--0001700018" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 17, página 3 (Documento PDF).

⁵ Grupo de Trabajo de Integraciones Empresariales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶ **ANM**. Datos abiertos. Archivo titulado "ANM RUCOM Explotador Minero Autorizado-Título Minero". Disponible en: <https://www.datos.gov.co/Minas-y-Energ-a/ANM-RUCOM-Explotador-Minero-Autorizado-T-tulo-Mine/42ha-fhvj/data>

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Adicionalmente, **GLENCORE**, a través de **PRODECO**, tiene intereses en cierta infraestructura ferroviaria y portuaria en Colombia:

- I. Tiene una participación del 100% en la **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.** (en adelante, **SPSA**), que es concesionaria de **Puerto Nuevo**, un puerto público de exportación de carbón ubicado en Ciénaga, Magdalena.
- II. Tiene una participación del 39,76% en **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO** (en adelante, **FENOCO**), quien es el concesionario de la vía férrea del Atlántico, en el tramo que inicia en Chiriguaná, Cesar, y termina en Santa Marta, Magdalena.

Dicha vía férrea era empleada, entre otros, por las empresas subsidiarias de **GLENCORE** con el fin de transportar el carbón extraído en las minas Calenturitas y La Jagua, en el departamento del Cesar, hacia **Puerto Nuevo**, ubicado en Ciénaga, Magdalena, donde se destina a atender la demanda internacional.

En cuanto a la participación accionaria de **GLENCORE** señalan en el documento de pre-evaluación que la compañía es una sociedad pública inscrita en bolsa, por lo que sus accionistas son múltiples y ninguno la controla.

10.1.2. ANGLO AMERICAN PLC

Es un grupo minero a nivel mundial, con un portafolio de operaciones mineras, con más de 95.000 empleados en 15 países.

Las actividades de **ANGLO AMERICAN** cubren una amplia variedad de áreas de productos, que incluyen diamantes, cobre, metales del grupo del platino, mineral de hierro, carbón metalúrgico, níquel y manganeso y nutrientes para cultivos (en desarrollo). Sus principales actividades se relacionan con operaciones de minería y procesamiento y recursos no desarrollados. Estas actividades abarcan la exploración geológica para seleccionar la ubicación de las minas, hasta la construcción, el procesamiento de la mina, el transporte y la venta de los materiales en el mercado a los consumidores. **ANGLO AMERICAN** tiene actividades y operaciones en diferentes países, específicamente en Canadá, Brasil, Chile, Perú, Botsuana, Namibia, Sudáfrica, Zimbabue, Finlandia, el Reino Unido, China, Singapur y Australia.

GLENCORE señala en el documento de pre-evaluación que, a nivel mundial,

[REDACTED]

ANGLO AMERICAN no tiene activos o inversiones en Colombia vinculados a la extracción, venta o transporte de carbón térmico diferentes de las que se proyectan transferir a través de la operación sobre las empresas objetivo.

10.1.3. BHP GROUP LIMITED

La sede mundial de **BHP** se encuentra en Melbourne, Australia. Es un grupo líder en el mundo en recursos naturales. **BHP** extrae y procesa minerales, petróleo y gas, con más de 80.000 empleados y contratistas, principalmente en Australia y las Américas. Los productos de **BHP** se

⁷ Documento "21326090--0000000003" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 0, página 3 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

venden en todo el mundo, con ventas y comercialización dirigidas a través de Singapur y Houston, Estados Unidos.

BHP no tiene activos o inversiones en Colombia vinculados a la extracción, venta o transporte de carbón térmico diferentes de las que se proyectan transferir a través de la operación sobre las empresas objetivo.

10.1.4. CERREJON (EMPRESA OBJETIVO)

El *joint venture* "Cerrejón" (en adelante, **EMPRESA OBJETIVO**) comprende dos empresas mineras que realizan actividades de minería de carbón térmico en La Guajira, **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** (en adelante, **CDC**) y **CERREJÓN ZONA NORTE** (en adelante, **CZN**) (en conjunto, **empresas mineras**) y una sociedad de mercadeo / comercialización, **CMC COAL MARKETING COMPANY DAC** (en adelante, **CMC**). **GLENCORE**, **BHP** y **ANGLO AMERICAN** poseen cada una el 33,33% de las acciones de las empresas mineras y de **CMC**. A través de las empresas mineras, la **EMPRESA OBJETIVO** es propietaria de unas minas de carbón térmico ubicadas en Colombia y se dedica a la producción y el suministro de carbón térmico.

En el documento de pre-evaluación se indicó que la **EMPRESA OBJETIVO** es operada de manera independiente de las **INTERVINIENTES**, incluso en relación con la venta y comercialización del carbón térmico que produce, donde **CMC** es la empresa que realiza ventas a clientes en nombre de las empresas mineras. Las **INTERVINIENTES** no controlan ninguna de las decisiones estratégicas o relacionadas con el mercadeo de la **EMPRESA OBJETIVO**.

10.1.4.1. CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

Sociedad constituida en Anguila, Indias Occidentales Británicas con oficina principal en Anguila y una sucursal domiciliada en Bogotá, Colombia, con NIT 860.069.804-2. Tiene como actividad principal realizar las operaciones de minería térmica de la **EMPRESA OBJETIVO**. **CDC** actualmente es propiedad en un 33,33% de cada una de las sociedades **GLENCORE**, **BHP** y **ANGLO AMERICAN**.

La información de activos totales e ingresos operacionales de **CDC**, con corte a 31 de diciembre de 2020, se presenta a continuación:

Tabla No. 3
Cuentas financieras CDC
(31 de diciembre de 2020)

CUENTA	VALOR (COP \$)
Activos	
Ingresos operacionales	

Fuente: Documento "21326090--0000100005", de la Carpeta Reservada de Intervinientes del Expediente, consecutivo "1", págs. 1 y 2 (documento .pdf).

10.1.4.2. CERREJÓN ZONA NORTE

Sociedad colombiana identificada con NIT. 830.078.038-6, con domicilio principal en Bogotá D.C. Posee los activos mineros de carbón térmico de la Zona Norte pertenecientes a la **EMPRESA OBJETIVO**. Actualmente, **CZN** es propiedad en un 33,33% de cada una de las sociedades **GLENCORE**, **BHP** y **ANGLO AMERICAN**.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla No. 4
Cuentas financieras CZN
(31 de diciembre de 2020)

CUENTA	VALOR (COP \$)
Activos	
Ingresos operacionales	

Fuente: Documento "21326090--0000100006", de la Carpeta Reservada de Intervinientes del Expediente, consecutivo "1", págs. 1 y 2 (documento .pdf).

10.1.4.3. CMC COAL MARKETING COMPANY DAC

Sociedad constituida en la República de Irlanda y con sede en Dublín. Por ser una compañía extranjera carece de NIT en Colombia. Tiene como actividad principal la comercialización de carbón en nombre de las empresas mineras. Actualmente, **CMC** es propiedad en un 33,33% de cada una de las sociedades **GLENCORE**, **BHP** y **ANGLO AMERICAN**.

10.2. DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN

De acuerdo con la información aportada por **GLENCORE** en la solicitud de pre-evaluación, la operación proyectada, consiste en lo siguiente:

*"La operación que se proyecta tiene por objeto que Glencore adquiera el control total sobre las empresas objetivo, las cuales están conformadas por las sociedades Carbones del Cerrejón Limited (en adelante "**CDC**"), Cerrejón Zona Norte S.A. (en adelante "**CZN**" (en conjunto "**las empresas objetivo mineras**") y CMC Coal Marketing Company DAC (en adelante "**CMC**") (en conjunto "**la operación que se proyecta**").*

(...) por medio de diferentes sociedades controladas, Glencore es titular del 33,33% de las acciones que conforman las empresas objetivo. Idéntica situación se presenta por parte de Anglo American y BHP, pues, al igual que Glencore, cada una de ellas es titular del 33,33% de las acciones que conforman las empresas objetivo a través de otras sociedades que cada uno posee y controla"⁸.

10.3. SUPUESTOS DE INFORMACIÓN EN EL CASO CONCRETO

El régimen de control previo o "*ex ante*" de integraciones empresariales busca evaluar los efectos económicos que se producirían como resultado de una integración de dos o más agentes en el mercado, todo con el fin de evitar que se presente una restricción indebida de la competencia y en consecuencia se reduzca el bienestar de los consumidores. Al aplicar dicho régimen, la Superintendencia de Industria y Comercio debe evaluar si los efectos en el mercado que se derivan de una integración económica ameritan su objeción, su autorización sujeta al cumplimiento de condiciones encaminadas a preservar la competencia en el mercado, o su autorización pura y simple.

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, establece que las empresas que proyecten llevar a cabo operaciones para efectos de adquirir el control de una o varias empresas, cualquiera sea la forma jurídica con la cual se manifieste, tendrán el deber de informarlas previamente a esta Superintendencia, siempre que se cumplan los siguientes dos supuestos:

- *Supuesto subjetivo:* cuando las empresas intervinientes se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor.
- *Supuesto objetivo:* cuando en conjunto o individualmente consideradas, las empresas

⁸ Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo "0", página 2 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

intervinientes superen el monto establecido para ingresos operacionales o para activos totales, para el año anterior a la operación.

10.3.1. Supuesto subjetivo

El supuesto subjetivo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 se encuentra verificado, pues, de acuerdo con la información presentada en el numeral 2 del presente estudio las **INTERVINIENTES** participan en el mercado de extracción/producción y suministro de carbón térmico que se extrae/produce en las minas concesionadas en La Guajira, el cual se vende en su totalidad en el extranjero.

10.3.2. Supuesto objetivo

El artículo primero de la Resolución No. 77896 del 2 de diciembre de 2020 fijó “a partir del 1 de enero de 2021 y hasta el 31 de diciembre de 2021, en **SESENTA MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** (60.000 SMLMV), los ingresos operacionales y los activos totales que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009”. Así, en concordancia con el Decreto 1785 del 29 de diciembre de 2020 que fijó el salario mínimo legal mensual a partir del 1 de enero de 2021 en **NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS VEINTE Y SEIS** pesos (\$908.526.00), el valor del umbral objetivo para el año 2020 será de **CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS ONCE MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL** pesos (\$54.511.560.000).

De acuerdo con la información presentada en las tablas Nos. 3 y 4 del presente estudio, para la vigencia fiscal del año anterior, **CDC** y **CZN** reportaron activos totales por un valor de \$ [REDACTED] e ingresos operacionales por valor de \$ [REDACTED]. Así, tanto por el valor conjunto de activos totales, como por el valor total de ingresos operacionales, este Despacho encuentra que se cumple el supuesto objetivo contemplado en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

10.3.3. Configuración del deber de información previa de la integración

Verificados los supuestos subjetivo y objetivo, se encuentra configurado el deber de informar la operación proyectada ante esta Superintendencia, de manera previa a su perfeccionamiento.

10.4. MERCADO RELEVANTE

La definición del mercado relevante para el análisis de una operación de integración es primordial para identificar el escenario en el que las fuerzas competitivas tienen lugar. Además, permite calcular las cuotas de participación de cada competidor, pues para esto es necesario contar con una aproximación del tamaño total del mercado. Por tal razón, el mercado relevante es un marco de referencia para analizar los efectos sobre la competencia de una operación de integración⁹. Al determinar el mercado relevante es necesario definir el mercado de producto y el mercado geográfico; de tal forma que puedan establecerse los efectos de una integración entre dos o más de los competidores.

En la definición del mercado de producto debe tenerse presente la sustituibilidad al nivel de la demanda, pues deben identificarse aquellos productos (si los hay) hacia los cuales los consumidores pudieran desviar su demanda en caso de un incremento en los precios o una

⁹ Para lograr una adecuada definición del mercado relevante, esta Superintendencia se apoyará en los lineamientos diseñados por la Red Internacional de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés). Ver ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup, “ICN Merger Guidelines Workbook” (documento preparado para la Quinta Reunión Anual del ICN, Ciudad del Cabo, Sudáfrica, 16 de abril, 2006). Disponible al público en el siguiente enlace: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_MergerGuidelinesWorkbook.pdf. Consulta del 8 de noviembre de 2021.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

reducción en la calidad de los productos por parte de un determinado oferente. Si bien algunas autoridades de competencia en otras jurisdicciones tienen en cuenta la sustituibilidad de la oferta al momento de definir el mercado relevante, esta Superintendencia toma en consideración dicho concepto en caso de requerir un análisis de barreras de entrada y competencia potencial.

Con la dimensión geográfica del mercado relevante, se busca reconocer el área de influencia que tienen las empresas intervinientes en la operación de integración, pues si enfrentaran alguna barrera que impida o dificulte que sus productos lleguen a alguna zona determinada, deberá entenderse que en dicha área no son competidores activos. Es decir, el análisis de competencia debe limitarse a las zonas en las cuales las empresas intervinientes ejercen una competencia efectiva, pues sería dicha condición la que podría verse afectada con la operación.

A continuación, este Despacho procederá a definir el mercado relevante afectado por la operación proyectada, delimitando primero el mercado de producto y, posteriormente, el mercado geográfico.

10.4.1. Mercado de producto

De acuerdo con la información obrante en el Expediente, las **INTERVINIENTES** participan de manera coincidente en la **extracción/producción y suministro de carbón térmico que se extrae/produce en las minas concesionadas en La Guajira.**

Como ya se mencionó, **GLENCORE** (a través de **PRODECO**) es concesionaria de las minas Calenturitas y La Jagua, ubicadas en el departamento del Cesar. No obstante, la operación de estas minas permanecerá cerrada y en estado de cuidado y mantenimiento hasta se complete la entrega final de la infraestructura minera a la **ANM**, gracias a que desde el 6 de septiembre de 2021 la **ANM** aprobó la renuncia a las concesiones asociadas a esas minas.

De otra parte, es importante mencionar que **ANGLO AMERICAN** y **BHP** no tienen en Colombia activos o inversiones vinculadas con extracción, venta o transporte de carbón diferentes de las que se planea transferir con la operación que se proyecta. Así, con posterioridad a la operación de integración, la actividad de **BHP** y **ANGLO AMERICAN** relacionada con producción de carbón térmico en Colombia finalizará.

A continuación, esta Superintendencia presentará la descripción del carbón térmico, especificando sus características y usos, así como la descripción de la cadena de valor de exportación de carbón térmico.

10.4.1.1. Características y usos del carbón térmico

Sea lo primer indicar que el **Carbón** es un término genérico que se refiere a una familia de combustibles fósiles sólidos que tienen una amplia gama de composiciones físicas y químicas. En general, el carbón es una roca sedimentaria combustible de color negro o marrón-negro que generalmente se encuentra en los estratos rocosos en capas o vetas llamadas "capas de carbón" o "vetas de carbón".

El carbón generalmente se clasifica según su uso final, es decir, si se usa en la generación de electricidad (carbón térmico) o si se usa en la producción de acero (carbón de cocina, también conocido como carbón metalúrgico). Dado que la **EMPRESA OBJETIVO** solo produce carbón térmico, no se hará referencia al carbón metalúrgico.

En lo que respecta al **carbón térmico**, también conocido como "carbón humeante", **GLENCORE** señaló que este es utilizado principalmente por los productores de electricidad y los usuarios industriales pesados en los procesos de combustión para producir vapor y calor que, a su vez, genera electricidad.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

La mayor parte de la producción mundial de carbón es carbón térmico. Según estimaciones de **GLENCORE**, esta empresa produjo aproximadamente [REDACTED] de toneladas de producción de las casi [REDACTED] de toneladas de producción de carbón negro en 2020 (aproximadamente [REDACTED] % por tonelaje). Esto es consistente con las actividades de producción en Colombia. En 2019 [REDACTED] 93% del carbón fue térmico y aproximadamente [REDACTED] % carbón de cocina¹⁰.

Como se ha mencionado anteriormente, la **EMPRESA OBJETIVO** solo produce carbón térmico, el cual es destinado en su totalidad a su venta en el extranjero. Situación consistente con el informe de diciembre de 2020 de la **UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA (UPME)**, que señala que "(...) el 100% del carbón producido en los departamentos del Cesar y la Guajira se exporta, mientras que el carbón producido en el interior del país, si es térmico, se consume localmente para generación termoeléctrica e industrias de los sectores cementero, paplero, textilero y de alimentos principalmente"¹¹.

Es importante recordar que la **EMPRESA OBJETIVO** (en lo que respecta a la minería) se ubica en La Guajira y las empresas de **PRODECO**, ahora cerradas permanentemente y en proceso de liquidación de los contratos mineros, Calenturitas y La Jagua, se encuentran en el Cesar. Es decir, que todo el carbón térmico proveniente de las **INTERVINIENTES** se destina a clientes en el exterior.

En cuanto a la sustituibilidad, las **INTERVINIENTES** manifiestan que no existen sustitutos directos del carbón térmico. En este sentido, un cliente de carbón térmico normalmente no puede cambiar fácilmente a otra fuente de energía a menos que tenga acceso a una variedad de infraestructuras de producción de energía (por ejemplo, una planta de energía de gas natural).

10.4.1.2. Cadena de valor de carbón térmico

La operación de integración se vincula con la cadena de valor del carbón térmico, la cual incluye las siguientes etapas: (i) la extracción/producción del carbón térmico de la mina, (ii) su transporte hasta el puerto por vía férrea y; (iii) la subsecuente exportación por mar a clientes alrededor del mundo.

Como lo señaló la **SIC** en la Resolución No. 11168 de 2020¹² "[d]esde 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". Esta afirmación se cumple en la presente operación de integración, toda vez que la **EMPRESA OBJETIVO** opera el ferrocarril que transporta el carbón térmico desde la mina en el interior de La Guajira hasta Puerto Bolivar en el municipio de Uribía, La Guajira, siendo el ferrocarril y el puerto infraestructuras privadas a cargo de la **EMPRESA OBJETIVO** para su uso exclusivo.

¹⁰ Documento "21326090--0000000003" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 0, página 26 (Documento PDF).

¹¹ **UPME** (27 de diciembre de 2020), Análisis prospectivo del mercado nacional e internacional del carbón térmico, metalúrgico y antracita producido en Colombia. Documento desarrollado y publicado por la **Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)** y JOHN T. BOYD COMPANY. Página. 32. Disponible en: [https://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Análisis prospectivo mercado nal internal carbon termico.zip](https://www1.upme.gov.co/simco/Cifras-Sectoriales/EstudiosPublicaciones/Análisis%20prospectivo%20mercado%20nal%20internal%20carbon%20termico.zip). Consulta: 7 de noviembre de 2021.

¹² Por la cual se archiva una investigación. Página. 35. Versión única.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

(i) **Exportación de Carbón térmico**

Los exportadores de carbón corresponden a los mismos agentes que lo producen. En el caso puntual, la totalidad del carbón térmico que se extrae de las minas del Cerrejón se exporta para clientes alrededor del mundo.

Las **INTERVINIENTES** aclaran que la operación que se proyecta realizar no producirá efectos en el mercado colombiano, toda vez que (i) la producción de la **EMPRESA OBJETIVO** está destinada a la exportación y a ser vendida en el extranjero, y (ii) **ANGLO AMERICAN, BHP y GLENCORE**, esta última desde marzo de 2020, no tienen en Colombia producción de carbón térmico diferente a la proveniente de la **EMPRESA OBJETIVO**, la cual, se reitera, es destinada al mercado internacional.

(ii) **Transporte Ferroviario de carbón térmico**

GLENCORE manifiesta que el transporte ferroviario desde la **EMPRESA OBJETIVO** hasta el puerto marítimo Puerto Bolívar, por medio del ferrocarril de la empresa objetivo (en adelante, "**el Ferrocarril del Cerrejón**"), es un componente de la cadena de valor del carbón térmico para exportación. Sin embargo, en el presente caso, la operación que se proyecta no genera ninguna integración, debido a que **el Ferrocarril del Cerrejón** es destinado para el uso exclusivo por parte de la **EMPRESA OBJETIVO**.

De otra parte, señala que a pesar de que **GLENCORE** es el titular indirecto del 39,76% de las acciones de **FENOCO**, este hecho no genera una integración en este eslabón de la cadena de valor, derivada de la operación que se proyecta, en razón a que: (i) **GLENCORE** no controla a **FENOCO**; y (ii) **el Ferrocarril del Cerrejón** opera en una ubicación geográfica completamente diferente a la del **ferrocarril de Fenoco**. En este sentido, el carbón térmico de la **EMPRESA OBJETIVO** sólo se transporta por vía férrea en **el Ferrocarril del Cerrejón** entre las operaciones mineras de la **EMPRESA OBJETIVO** y el puerto ubicado en **Puerto Bolívar**, mientras que los volúmenes de producción de carbón térmico de **PRODECO** se transportaron en **el ferrocarril de Fenoco** entre Chiriguana, Cesar, y Santa Marta, Magdalena¹³. Lo anterior, se puede evidenciar en el siguiente mapa:

Imagen No. 1



Fuente: Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 0, página 7 (Documento PDF).

¹³ Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 0, página 7 (Documento PDF).

Adicionalmente, **GLENCORE** resalta que los anchos de vía utilizados en el **Ferrocarril de Cerrejón** y en el **ferrocarril de Fenoco** son diferentes, pues mientras el **Ferrocarril de Cerrejón** utiliza ancho estándar, el de **FENOCO** utiliza vías de trocha estrecha. Lo que significa que no es posible que los trenes que transitan por el **ferrocarril de Cerrejón** lo hagan en el de **FENOCO**, y viceversa.

Así, **GLENCORE** señala que, aunque la operación de **PRODECO** cesó, es importante aclarar que el **Ferrocarril de Cerrejón** y el **Ferrocarril de Fenoco** participan en mercados geográficos diferentes, y por tanto la operación proyectada no generaría una integración entre estas operaciones ferroviarias. Esto dadas las características naturales y limitaciones técnicas de los respectivos ferrocarriles, además de las restricciones geográficas inherentes al tendido y ancho de vía¹⁴.

(iii) Puertos marítimos

La **EMPRESA OBJETIVO** es concesionaria de **Puerto Bolívar**, el cual está ubicado en el municipio de Uribía, Guajira. Este puerto es de carácter privado, destinado exclusivamente a la exportación de carbón término producido por la **EMPRESA OBJETIVO**. **GLENCORE** manifiesta que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 1 de 1991, **Puerto Bolívar** sólo puede prestar sus servicios a empresas que estén vinculadas a **Puerto Bolivar** económica o legalmente. En este sentido, **Puerto Bolivar**, en la actualidad, se destina exclusivamente a la exportación de carbón térmico extraído de la **EMPRESA OBJETIVO**.

Por el contrario, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1 de 1991, **Puerto Nuevo**, que es actual concesión de **GLENCORE** a través de **SPSA**, es un puerto público ubicado en Ciénaga, Magdalena, destinado a la exportación de carbón y ofrece sus servicios a todos los usuarios que puedan cumplir con los requisitos establecidos para operar.

En consecuencia, **Puerto Nuevo** y **Puerto Bolívar** no compiten entre sí. Como se indicó, **Puerto Bolivar** es utilizado exclusivamente para la exportación de carbón térmico proveniente de la **EMPRESA OBJETIVO**; así mismo el acceso a **Puerto Bolivar** solo es posible por medio del **Ferrocarril del Cerrejón** que, como se reitera, es para el uso exclusivo de la **EMPRESA OBJETIVO** y transita entre sus minas y **Puerto Bolivar**.

Adicionalmente, incluso si **Puerto Bolívar** fuera considerado un mercado, de todas formas no compite con **Puerto Nuevo** debido a su ubicación geográfica y la imposibilidad para acceder a minas diferentes de aquellas que explotan la **EMPRESA OBJETIVO**, lo que impide cualquier competencia con otros puertos.

Por lo tanto, dado que la estructura de **Puerto Bolívar** impide el uso de sus servicios por parte de terceros y debido al hecho de que la ubicación de los puertos es diferente, la operación proyectada no da lugar a una integración en la cadena de carbón térmico a través de los puertos marítimos.

10.4.1.3. Proceso de minería

GLENCORE indica que las actividades mineras en la **EMPRESA OBJETIVO** son las siguientes: (i) se identifica la tierra con la mayor proporción de depósitos de carbón y se perforan pozos profundos en esta tierra para fragmentar el material de desecho del carbón, (ii) el material de desecho se retira y se deposita en vertederos o rellenos; (iii) el carbón es retirado por maquinaria pesada y se carga en camiones para su transporte a las instalaciones de apilamiento o

¹⁴ Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 0, página 8 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

almacenamiento de la **EMPRESA OBJETIVO**. En promedio, aproximadamente el 60-65% del carbón producido por la **EMPRESA OBJETIVO** se entrega a sus plantas de trituración, y el 35-40% restante se apila de acuerdo con su poder calorífico; (iv) desde aquí, el carbón se carga en los trenes y se transporta a lo largo del **Ferrocarril de Cerrejón a Puerto Bolívar**. Durante este recorrido por el **Ferrocarril de Cerrejón**, el carbón se humedece, compacta y nivela; (v) en **Puerto Bolívar**, el carbón de la **EMPRESA OBJETIVO** se descarga de los trenes y se deposita en las instalaciones de retención de los barcos de carbón utilizando bandas cubiertas; y (vi), los buques de carbón parten y entregan el carbón de la **EMPRESA OBJETIVO** a diferentes destinos de todo el mundo, donde se descarga en el puerto receptor y se transporta a los clientes¹⁵.

10.4.1.4. Conclusión del mercado producto

De conformidad con lo mencionado en los numerales anteriores, el mercado de producto para el caso concreto es el de producción y venta de carbón térmico, destinado en su totalidad a clientes localizados en el extranjero.

10.4.2. Mercado geográfico

Para la determinación del mercado geográfico es necesario identificar todas las zonas donde las **INTERVINIENTES** tengan presencia con los productos evaluados y donde las condiciones de competencia sean similares.

A continuación, en la Imagen No. 2 se observa el proyecto en Cerrejón en las áreas delimitadas en color morado. Igualmente, la línea que atraviesa el departamento de La Guajira corresponde a la vía férrea del que conecta dichas operaciones con **Puerto Bolívar**, en el municipio de Uribí.

ESPACIO EN BLANCO

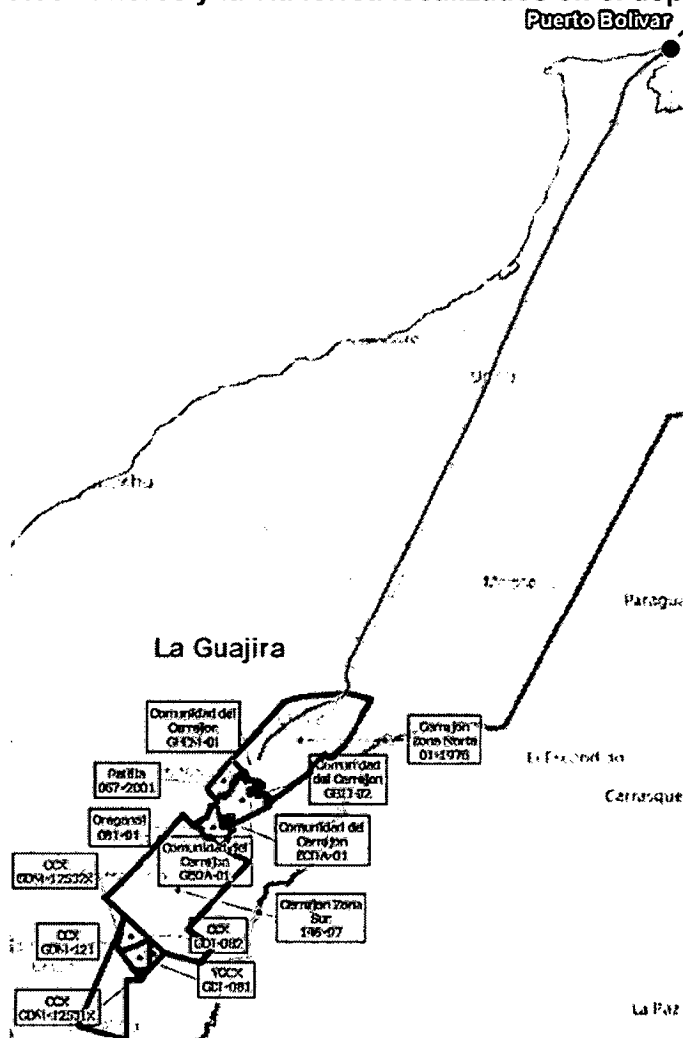
¹⁵ Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 0, páginas 33 y 34 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Imagen No. 2
Ubicación de los proyectos mineros y la vía férrea localizados en el departamento de La Guajira



Fuente: Documento "21326090—0001100004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 11, página 7 (Documento PDF).

En la Imagen No. 3 se observan los proyectos mineros de La Jagua y Calenturitas en las áreas delimitadas en color verde. Igualmente, la vía férrea del Atlántico, actualmente operada por FENOCO, corresponde a la línea que atraviesa los departamentos del Cesar y Magdalena hasta el municipio de Ciénega, en donde se encuentran **Puerto Nuevo** y **Puerto Drummond**.

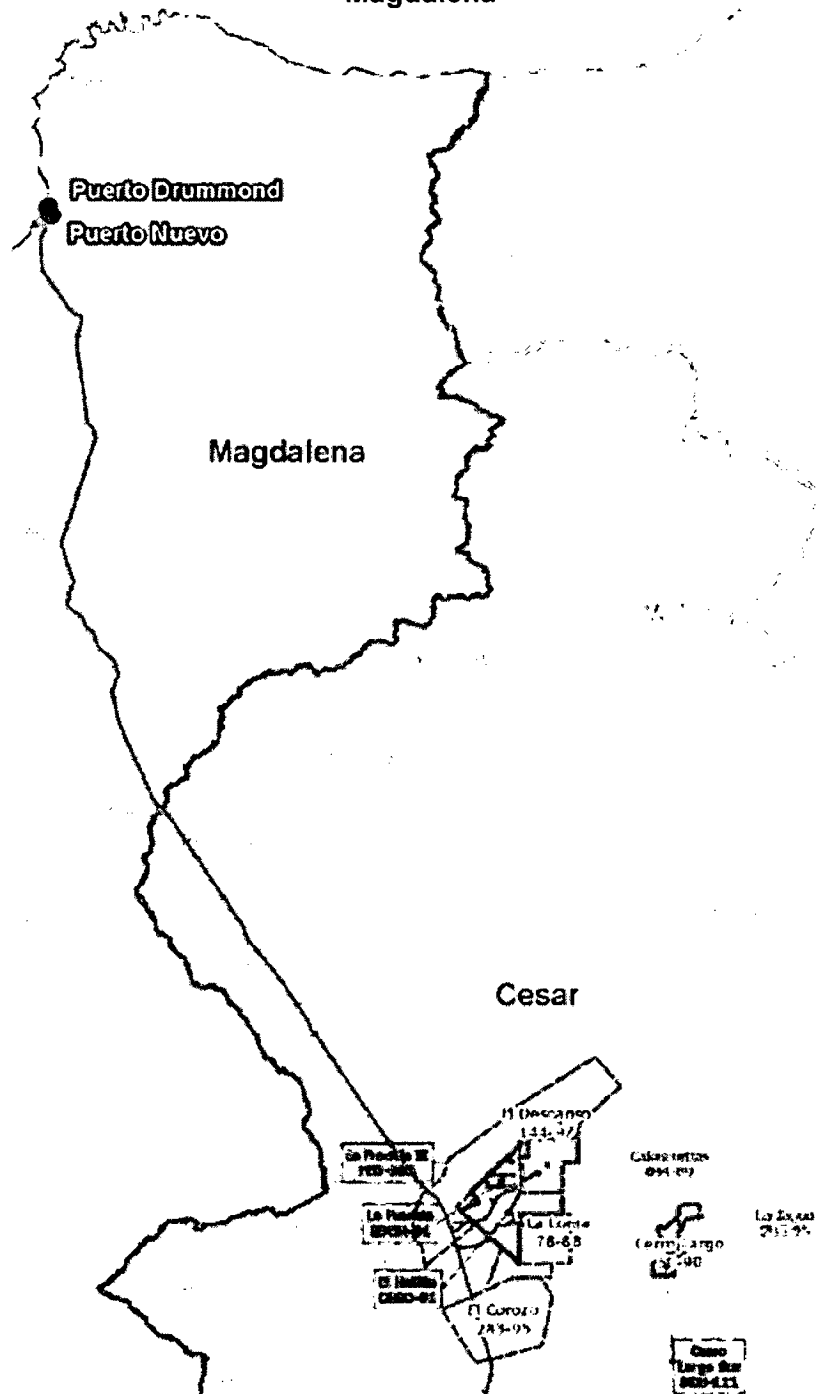
ESPACIO EN BLANCO

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Imagen No. 3
Ubicación de los proyectos mineros y la vía férrea localizados en los departamentos del Cesar y Magdalena



Fuente: Documento "21326090—0001100004" de la Carpeta Pública del Expediente No. 21-326090, consecutivo 11, página 7 (Documento PDF).

Esta Superintendencia concluye que el mercado geográfico donde se debe enmarcar el análisis de competencia corresponde a todas aquellas zonas del territorio nacional en las que se produce carbón térmico para exportación.

10.4.3. Conclusión del mercado relevante

Este Despacho concluye que el mercado relevante para el caso concreto es el de producción y venta de carbón térmico, extraído de las minas concesionadas todas aquellas zonas del territorio nacional en las que se produce carbón térmico para exportación.

10.5. ESTRUCTURA DE LOS MERCADOS RELEVANTES

Una vez definido el mercado relevante que se vería afectado por la operación proyectada, esta Superintendencia presentará un análisis del sector del carbón a nivel internacional y a nivel nacional. Específicamente, se presentará la siguiente información:

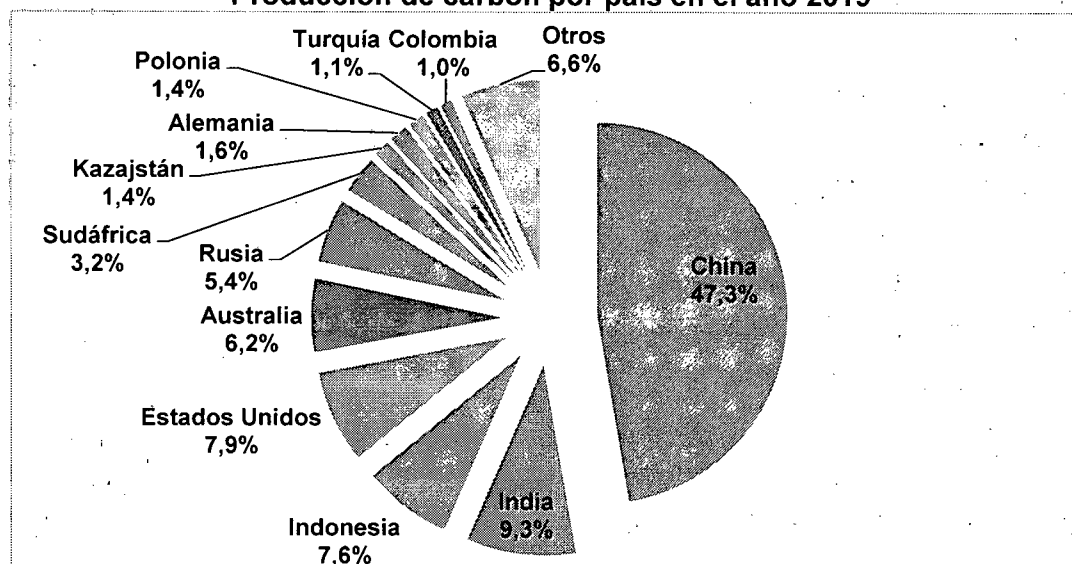
- (i) Producción de carbón por país en el año 2019.
- (ii) Producción global de carbón térmico por empresa. Información presentada para los años 2018 a 2020.
- (iii) Participación de la minería a gran escala y a pequeña escala en la producción nacional de carbón. Información presentada para el periodo 2012 – 2020.
- (iv) Producción total de carbón por empresa en los departamentos de La Guajira y Cesar y la producción departamental de pequeña minería. Información presentada para los años 2019 y 2020.
- (v) Producción de carbón por empresa a nivel nacional y producción total de carbón en pequeña minería en varios departamentos comparada con el total nacional.

10.5.1. Contexto internacional

10.5.1.1. Producción de carbón por país en el año 2019

De acuerdo con el *Statistical Review of World Energy*¹⁶, durante el año 2019 al menos 33 países participaron en la producción de carbón a nivel mundial. Como se puede apreciar en el Gráfico No. 1, China fue el mayor productor mundial de carbón con una participación del 47,3%, seguido de India e Indonesia quienes alcanzaron una participación del 9,3% y 7,6%, respectivamente. A su vez, Colombia, a través de todos los proyectos mineros de pequeña y gran minería, alcanzó una participación del 1,0%. En este sentido, se observa que Colombia tiene una pequeña participación en la producción mundial de carbón.

Gráfica No. 1
Producción de carbón por país en el año 2019



Fuente: Construcción GTIE-SIC con base en información del *Statistical Review of World Energy*¹⁷.

10.5.1.2. Producción global de carbón térmico por empresa

¹⁶ Statistical Review of World Energy. Julio de 2021. Disponible en : <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/xlsx/energy-economics/statistical-review/bp-stats-review-2021-all-data.xlsx>.

¹⁷ Ibid.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Como se ha mencionado anteriormente, todo el carbón térmico producido por la **EMPRESA OBJETIVO** se destina a la exportación a clientes ubicados en el extranjero. En consecuencia, ni **GLENCORE** ni la **EMPRESA OBJETIVO** compiten por la venta a clientes colombianos.

En términos de producción mundial de carbón térmico, las fuentes de producción son geográficamente diversas, en las que Colombia representa solo una pequeña proporción de la producción de carbón térmico a nivel mundial. Así, luego del perfeccionamiento de la operación **GLENCORE** seguirá enfrentando la competencia de un número de competidores-productores de carbón térmico bien posicionados en todo el mundo, provenientes de diferentes ubicaciones geográficas de minería.

De acuerdo con la información presentada por **GLENCORE**, los principales productores de carbón son Coal India, Shenhua, Peabody, SUEK, China Coal, Bumi Resources, Arch Coal, Yanzhou, India SCCL, Banpu, Adaro, KRU, Drummond y Kideco. A continuación, se muestran las participaciones de mercado de las **INTERVINIENTES** y sus competidores, para los años 2018, 2019 y 2020. Unidad de medida, toneladas. Para el cálculo de las participaciones, **GLENCORE** se basó en la Administración de Información de Energía, de la Agencia Internacional de Energía; de informes de la compañía y otras fuentes disponibles públicamente, como publicaciones de la industria (incluidas las publicaciones de Tex Report, IHS, Argus y Platts), junto con datos de la **EMPRESA OBJETIVO**.

Tabla No. 5
Cuotas de participación en el mercado de producción global de carbón térmico. 2018 a 2020

COMPañIA	2018	2019	2020
GLENCORE			
PRODECO			
EMPRESA OBJETIVO			
COMBINADA			
INCLUYENDO PRODECO			
COMPETIDORES			
COAL INDIA LIMITED			
SHENHUA			
PEABODY			
SUEK			
CHINA COAL			
OTROS			
TOTAL	100%	100%	100%

Fuente: Documento "21326090--0000000003" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 18, páginas 40 y 41 (Documento PDF).

Con el perfeccionamiento de la operación, **GLENCORE** seguirá estando limitada por estos grandes productores globales, junto con el gran número de productores fragmentados más pequeños, como se refleja en el volumen del resto del mundo que representa más del ■% de la producción mundial. Así, **GLENCORE** no tendrá capacidad para aumentar unilateralmente los precios o retener el suministro a largo plazo, ya que existen muchas opciones disponibles para los clientes a nivel mundial.

10.5.2. Contexto nacional

10.5.2.1. Participación de la minería a gran y pequeña escala en la producción nacional de carbón

De acuerdo con la información presentada en la Tabla No. 6, se observa que más del 90% de la producción nacional de carbón en el país corresponde a una minería a gran escala, la cual se encuentra concentrada en los departamentos de La Guajira y el Cesar, al norte de Colombia. Por

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

su parte, los departamentos de Córdoba, Antioquia, Boyacá, Casanare, Cauca, Cundinamarca, Santander, Norte de Santander y Valle Del Cauca concentran la producción de carbón a pequeña escala. La participación de la producción en dichos departamentos sobre la producción nacional ha oscilado entre el 8% y el 11%, durante los últimos ocho (8) años.

Tabla No 6
Evolución de la participación de la minería a gran escala y a pequeña escala en la producción nacional de carbón

Tipo de minería	Departamento	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Minería a gran escala	<i>Guajira</i>	39,20%	38,22%	38,45%	38,62%	35,91%	35,24%	36,03%	31,32%	22,54%
	<i>Cesar</i>	51,95%	52,61%	53,00%	52,53%	53,40%	55,56%	54,04%	61,68%	70,90%
Minería a pequeña escala	Córdoba, Antioquia, Boyacá, Casanare, Cauca, Cundinamarca, Santander, Norte de Santander y Valle Del Cauca	8,85%	9,17%	8,55%	8,85%	10,70%	9,20%	9,93%	6,99%	6,55%

Fuente: GTIE-SIC con base en información de reportes trimestrales presentados por la ANM¹⁸.

En lo que respecta al departamento del Cesar, se observa que en el periodo de tiempo analizado (2012-2020) dicho departamento generó alrededor del 50% del carbón anual producido en Colombia. En 2020 su participación alcanzó el máximo local en la historia reciente, llegando a concentrar el 70,90% de la producción nacional. Sin embargo, esta cifra debe revisarse en contexto, ya que en el año 2020 el tamaño total del sector se redujo de manera significativa. Colombia pasó de producir 84.342.786 toneladas de carbón en el 2019, a producir 49.330.731 toneladas en 2020, lo que se tradujo en una reducción de más del 40% de la producción nacional frente al año inmediatamente anterior.

En cuanto al departamento de La Guajira, se observó que durante los últimos ocho años, ha concentrado aproximadamente entre el 30% y el 40% de la producción nacional.

10.5.2.2. Producción total de carbón por empresa en los departamentos de La Guajira y Cesar y la producción departamental de pequeña minería

Esta Superintendencia mostrará las cifras reportadas de producción total de carbón por empresa, medidas en toneladas, para los años 2019 y 2020 en los departamentos del Cesar y La Guajira, así como la producción departamental de pequeña minería. Dichas cifras fueron recopiladas con base en información pública del Grupo de Regalías y Contraprestaciones Económicas de la ANM¹⁹.

A continuación, se muestra la producción de carbón reportada a la ANM por diferentes agentes, comparándola con el total reportado en los departamentos de La Guajira y Cesar para los años 2019 y 2020. De igual forma, se muestra la producción total de carbón en operaciones de pequeña minería (en adelante, OPM) en todos los departamentos que reportan producción, comparándola con el total de producción de pequeña minería para los años 2019 y 2020.

¹⁸ Disponible:

https://www.anm.gov.co/?q=regalias-contraprestaciones-economicas&field_tipo_de_regal_a_y_o_contra_value=ProduccionNacionalMinerales. Consulta: 8 de noviembre de 2021.

¹⁹ Disponible:

https://www.anm.gov.co/?q=regalias-contraprestaciones-economicas&field_tipo_de_regal_a_y_o_contra_value=ProduccionNacionalMinerales. Consulta: 8 de noviembre de 2021.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla No. 7

Producción de carbón por empresa en los departamentos de La Guajira y Cesar y producción de carbón en OPM en los departamentos que reportan producción

Departamento	Titular	Contrato de Concesión Minera	Producción total 2019 (Toneladas)	2019%	Producción total 2020 (Toneladas)	2020%
La Guajira	CDC	00-1976	16.088.725,00	60,90%	7.191.528,00	64,66%
	CDC	081-91	4.705.716,00	17,81%	1.139.610,00	10,25%
	Comunidad de El Cerrejón - CDC como operador	RPP-0011	4.275.508,00	16,18%	2.223.486,00	19,99%
	Carbones Colombianos del Cerrejón S.A.	RPP-0011	762.296,22	2,89%	222.594,27	2,00%
	CDC	067-2001	587.445,00	2,22%	344.022,00	3,09%
	Total La Guajira			26.419.690,22	100%	11.121.240,27
Cesar	Drummond Ltd.	144-97	23.144.797,68	44,49%	21.435.860,90	61,29%
	Drummond Ltd.	078-88	9.499.609,07	18,26%	7.843.785,58	22,43%
	C.I. Prodeco S.A.	044-89	9.809.813,00	18,86%	2.383.762,00	6,82%
	Carbones de la Jagua S.A.	285-95	3.891.707,56	7,48%	31.385,92	0,09%
	Colombian Natural Resources III S.A.	147-97	2.348.058,23	4,51%	1.171.792,61	3,35%
	Colombian Natural Resources I S.A.	5160	1.699.916,38	3,27%	354.223,35	1,01%
	Consortio Minero Unido S.A.	109-90	1.549.305,17	2,98%	759.962,42	2,17%
	Carbones de la Jagua S.A.	DKP-141	82.036,61	0,16%	996.549,91	2,85%
	Carbones el Tesoro S.A.	132-97	0	0,00%	0	0,00%
	Norcarbon S.A.S.	031-92	0	0,00%	No hay información disponible	-
	Total Cesar			52.025.243,70	100	34.977.322,69
Operaciones de pequeña minería	OPM Norte de Santander	Varios	2.043.479,11	34,65%	943.383,46	29,19%
	OPM Cundinamarca	Varios	1.841.923,79	31,23%	640.514,35	19,82%
	OPM Boyacá	Varios	1.382.985,34	23,45%	1.018.804,02	31,52%
	OPM Córdoba	Varios	336.798,91	5,71%	545.095,72	16,86%
	OPM Santander	Varios	180.368,43	3,06%	59.233,01	1,83%
	OPM Antioquia	Varios	78.711,40	1,33%	14.590,08	0,45%
	OPM Cauca	Varios	23.997,41	0,41%	4.180,60	0,13%
	OPM Valle del Cauca	Varios	9.017,63	0,15%	6.366,55	0,20%
	OPM Casanare	Varios	569,93	0,01%	0	0,00%
	Total otros departamentos / Pequeña minería	-		5.897.851,95	100,00%	3.232.167,79

Fuente: GTIE-SIC con base en información de reportes trimestrales presentados por la ANM.

De acuerdo con la tabla anterior, se observa que la producción de carbón reportada en el departamento de La Guajira se encuentra altamente concentrada en **CDC**, ya que su participación en la producción departamental fue de 97,11% para 2019 y de 98,00% para 2020. En efecto, únicamente 762.296,22 toneladas de carbón, correspondientes al 2,89% del total de la producción en el departamento para 2019, y 222.594,27 toneladas, correspondientes al 2,00% de la producción departamental para 2020, fueron reportadas por un tercero ajeno a la operación del Cerrejón.

Respecto de la participación que reporta **CDC** a través del título minero RPP-0011, en el Concepto emitido por la **SIC**²⁰ se menciona lo siguiente: "vale la pena aclarar que este hace referencia a un título de reconocimiento de propiedad privada de la Comunidad El Cerrejón, grupo

²⁰ Concepto de Abogacía. Radicado No. 21-349783. Página 30.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

creado en 1947 después de una línea de sucesión que data desde 1798²¹. Es así que, si bien este título no fue concesionado a **CDC**, lo cierto es que **CDC** cuenta con una participación del 94,46% como operador de este proyecto minero desde 1991²². Por esta razón, para efectos del presente análisis, será tenida en cuenta como parte de la producción que es atribuible a **CDC**."

De otra parte, en cuanto a la información disponible sobre el departamento del Cesar, se observa que **DRUMMOND** ha sido el principal productor de carbón en dicho departamento. Su producción reportada para el 2019 fue de 32.644.406,75 toneladas, equivalentes al 62,75% del total de la producción de carbón del Cesar. Su porcentaje de participación se vio incrementado en 2020, alcanzando un total del 83,72% de la producción departamental. No obstante, es importante resaltar que su producción de carbón en dicho año no incrementó, sino que, por el contrario se redujo a 29.279646,5 toneladas. Situación que en parte se debe a que las empresas de **PRODECO (C.I. Prodeco S.A., Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de la Jagua S.A. y Carbones el Tesoro S.A.)** pasaron de producir un total de 15.332.852,34 toneladas de carbón, equivalentes a un estimado del 29,47% de la producción reportada en el departamento del Cesar en 2019, a un total de 4.171.660,25 toneladas de carbón, cifra que correspondió a tan solo el 11,93% de la producción de carbón en el departamento para 2020.

10.5.2.3. Producción de carbón por empresa a nivel nacional y producción total de carbón en pequeña minería en varios departamentos comparada con el total nacional

A continuación se muestra la producción de carbón reportada a la **ANM**²³ por diferentes agentes, comparándola con el total nacional para los años 2019 y 2020. Igualmente, se muestra la producción total de carbón en **OPM** en algunos departamentos, comparándola con el total de producción nacional para los años 2019 y 2020.

Tabla No. 8
Producción de carbón por empresa a nivel nacional y producción de carbón en OPM en varios departamentos

Titular	Contrato de Concesión Minera	Producción total 2019 (Toneladas)	2019%	Producción total 2020 (Toneladas)	2020%
CDC	00-1976	16.088.725,00	19,08%	7.191.528,00	14,58%
CDC	081-91	4.705.716,00	5,58%	1.139.610,00	2,31%
Comunidad de El Cerrejón - CDC como operador	RPP-0011	4.275.508,00	5,07%	2.223.486,00	4,51%
Carbones Colombianos del Cerrejón S.A.	RPP-0011	762.296,22	0,90%	222.594,27	0,45%
CDC	067-2001	587.445,00	0,70%	344.022,00	0,70%
Total La Guajira		26.419.690,22	31,32%	11.121.240,27	22,54%
Drummond Ltd.	144-97	23.144.797,68	27,44%	21.435.860,90	43,45%
Drummond Ltd.	078-88	9.499.609,07	11,26%	7.843.785,58	15,90%
C.I. Prodeco S.A.	044-89	9.809.813,00	11,63%	2.383.762,00	4,83%
Carbones de la Jagua S.A.	285-95	3.891.707,56	4,61%	31.385,92	0,06%
Colombian Natural Resources III S.A.	147-97	2.348.058,23	2,78%	1.171.792,61	2,38%
Colombian Natural Resources I S.A.	5160	1.699.916,38	2,02%	354.223,35	0,72%
Consorcio Minero Unido S.A.	109-90	1.549.305,17	1,84%	759.962,42	1,54%
Carbones de la Jagua S.A.	DKP-141	82.036,61	0,10%	996.549,91	2,02%

²¹ "Esto se ratificó por medio de Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema mediante Sentencia del 17 de junio de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Radicación No. 44001-31-03-001-2014-00097-01".

²² "De acuerdo con información de la UPME, desde 1991 CDC suscribe contratos para la explotación como operador de 5.114,5 hectáreas del área geográfica de este título, que corresponden al 94.46% del área total".

²³ Disponible:

https://www.anm.gov.co/?q=regalias-contraprestaciones-economicas&field_tipo_de_regal_a_y_o_contra_value=ProduccionNacionalMinerales. Consulta: 8 de noviembre de 2021.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Carbones el Tesoro S.A.	132-97	0	0,00%	0	0,00%
Norcarbon S.A.S.	031-92	0	0,00%	No hay información disponible	-
Total Cesar		52.025.243,70	61,68%	34.977.322,69	70,90%
OPM Norte de Santander	Varios	2.043.479,11	2,42%	943.383,46	1,91%
OPM Cundinamarca	Varios	1.841.923,79	2,18%	640.514,35	1,30%
OPM Boyacá	Varios	1.382.985,34	1,64%	1.018.804,02	2,07%
OPM Córdoba	Varios	336.798,91	0,40%	545.095,72	1,10%
OPM Santander	Varios	180.368,43	0,21%	59.233,01	0,12%
OPM Antioquia	Varios	78.711,40	0,09%	14.590,08	0,03%
OPM Cauca	Varios	23.997,41	0,03%	4.180,60	0,01%
OPM Valle del Cauca	Varios	9.017,63	0,01%	6.366,55	0,01%
OPM Casanare	Varios	569,93	0,00%	0	0,00%
Total otros departamentos / Pequeña minería	-	5.897.851,95	6,99%	3.232.167,79	6,55%
Total Nacional	-	84.342.785,87		49.330.730,75	

Fuente: GTIE con base en información de reportes trimestrales presentados por la ANM.

De la información presentada en la tabla anterior, se evidencia que las 25.657.394,00 toneladas de carbón producidas por CDC en 2019 equivalen a un estimado del 30,42% de la producción nacional de carbón en ese año. De igual forma, para el 2020, su producción reportada disminuyó a 10.898.646,00 toneladas de carbón, correspondientes al 22,09% de la producción nacional de carbón en ese año. Es importante resaltar que la producción nacional de carbón en Colombia presentó una disminución de 41,5%, pasando de 84.342.785,87 toneladas en 2019 a 49.330.730,75 en 2020.

En cuanto a las empresas controladas actualmente por **GLENCORE**, esto es **C.I. Prodeco S.A.**, **Carbones la Jagua S.A.**, **Consortio Minero Unido S.A.** y **Carbones el Tesoro S.A.**, se observa que el total de su producción fue de 15.332.862,34 toneladas de carbón, el cual equivaldría a un estimado del 18,18% de la producción nacional. Número que se vio reducido sustancialmente en 2020, ya que estas empresas reportaron haber producido un total de 4.171.660,25 toneladas de carbón, cifra que correspondió al 8,46% de la producción nacional en ese año.

De otra parte, el porcentaje de participación de **DRUMMOND** en la producción nacional de carbón en 2019 se estimó en 38,7%, y en 2020 en 59,35%. Así, resulta evidente que, tanto a nivel departamental como a nivel nacional, **DRUMMOND** reportó la mayor producción de carbón para 2019 y para 2020.

10.6. CONCEPTO TÉCNICO EMITIDO POR EL MINMINAS FRENTE A LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN PROYECTADA

Como se mencionó anteriormente, el **MINMINAS** a través de comunicación radicada con el No. 21-326090-35 del 26 de noviembre de 2021, aportó concepto técnico frente a la operación de integración empresarial proyectada.

En primer lugar, resaltó que de acuerdo con el Decreto 381 del 16 de febrero de 2012, el **MINMINAS** es un organismo rector de políticas generales del sector. Así, al Ministerio le corresponden funciones macro, encaminadas a la determinación de las directrices y políticas generales sobre el sector minero – energético.

Acto seguido, realizó algunas consideraciones sobre el mercado de carbón en Colombia, reconociendo que se producen dos (2) tipos de carbón en el país: térmico y metalúrgico. Señaló que Colombia, actualmente, cuenta con importantes reservas de carbón y que de acuerdo con el reporte de Estadísticas de Energía Mundial 2020, "el país cuenta con el 53% de las reservas probadas de carbón de Latinoamérica y el 0,6% de las reservas probadas mundiales de este

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

*mineral. Estas reservas posicionan al país como el undécimo en el mundo en reservas de carbón an-tracita y bituminoso*²⁴.

Adicionalmente, indicó lo siguiente:

*“[e]l carbón es el renglón de mayor importancia en las exportaciones en varios de los departamentos productores. Por ejemplo, en La Guajira las exportaciones de carbón representaron el 99,3% de las exportaciones totales en el 2020, mientras que en Cesar este rubro ascendió al 99,6%. Así mismo, en los departamentos del interior el carbón también ocupó un rol fundamental en las exportaciones. En Boyacá las exportaciones de carbón representaron el 94,2% mientras que en Norte de Santander la participación del mineral fue de 88,4%*²⁵.

En cuanto a las reservas de carbón ubicadas en los departamentos de La Guajira y Cesar, las cuales son destinadas principalmente para exportación, señaló la importancia de la infraestructura ferroviaria y marítima. Al respecto, manifestó lo siguiente:

“En La Guajira, el Cerrejón tiene una línea férrea propia de 150 kilómetros entre la mina y Puerto Bolívar. En el Cesar y Magdalena, los Ferrocarriles del Norte de Colombia – Fenoco, con participación accionaria de Drummond, Prodeco y CNR, cuentan con la concesión para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga. Lo anterior quiere decir que al menos el 90% del carbón exportado hace uso del modo ferroviario para su salida del país. Por lo tanto, avanzar en la competitividad del modo férreo tiene impactos directos sobre la competitividad del carbón nacional.

*Tan importante es el sistema ferroviario en la competitividad del sector carbón, que documentos como la Política Nacional Logística (CONPES 3982) consideran indispensable el desarrollo del modo y su interacción con los centros y servicios logísticos multimodales con el objetivo de concentrar servicios adecuados para transferir la carga de un modo a otro, lo cual facilita la integración del ferrocarril a la intermodalidad*²⁶.

10.7. CONCEPTO TÉCNICO EMITIDO POR LA SUPERTRANSPORTE FRENTE A LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN PROYECTADA

La **SUPERTRANSPORTE** a través de comunicación radicada con el No. 21-326090-43 del 9 de diciembre de 2021, aportó concepto técnico frente a la operación de integración empresarial proyectada.

En primer lugar, resaltó que de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2409 de 2018, la **SUPERTRANSPORTE** ejercerá las funciones de vigilancia, inspección, y control que le corresponden al presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la ley y la delegación establecida.

Frente a la solicitud del concepto técnico relacionada con la operación de integración, realizó las siguientes consideraciones²⁷:

1. Que las actividades operadas por las compañías objeto de la transacción se desarrollan en el marco de 3 grandes procesos, a saber: (i) el proceso que inicia en la mina con la

²⁴ Documento “21326090—0003500002”, del Cuaderno Público del Expediente, consecutivo “35”, página. 4 (Documento PDF).

²⁵ *Ibid.* Página. 4.

²⁶ *Ibid.* Página. 6.

²⁷ Documento “21326090—00043000” del Cuaderno Público del Expediente, consecutivo “43”. Páginas. 6 a la 8 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

- extracción del producto; (ii) el transporte por vía férrea que se realiza hacia el puerto; y (iii) la exportación del producto por vía marítima.
2. Que en la actualidad **CDC** y **CZN** hacen uso de la infraestructura portuaria que se encuentra ubicada en jurisdicción de Bahía Portete (Uribía, Guajira).
 3. Que el carbón que se produce en las minas del Cerrejón es transportado por línea férrea a **Puerto Bolívar** ubicado en el municipio de Uribía (Guajira) en virtud de la Concesión Portuaria Homologada a la sociedad **CZN**.
 4. Que **PUERTO BOLIVAR (CZN)** es una infraestructura portuaria que fue concesionada para el uso y goce, en el marco de la construcción de un complejo portuario para la explotación y exportación de carbón y todos aquellos productos necesarios para la infraestructura de los proyectos carboníferos y el desarrollo de actividades portuarias de servicio privado.
 5. Que en el caso de **Puerto Bolívar** y el corredor Férreo del Cerrejón, comoquiera que se trata de un puerto y un corredor férreo de servicio privado, toda la actividad que se desarrolle en este debe estar ligada a las empresas que se han mencionado en este caso particular, esto es **CDC**, **CZN**, **CMC** y las demás que sostengan un vínculo económico y jurídico con **CZN** (concesionaria).

Por lo tanto, la **SUPERTRANSPORTE** señaló lo siguiente:

*“Sobre la base de las consideraciones expuestas, en caso de que se aprobara la transacción en los términos planteados, **GLENCORE INTERNATIONAL AG** tendría control sobre las operaciones que se realicen por las sociedades **CERREJÓN LIMITED**, **CERREJÓN ZONA NORTE S.A.**, **CMC COAL MARKETING COMPANY DAC** en el curso de la explotación en la Guajira (minas del Cerrejón), transporte y comercialización de carbón.*

*Esto, por sí mismo, no tendría ningún efecto negativo en la prestación del servicio portuario o férreo que se realiza en la zona geográfica de influencia, particularmente, en Puerto Bolívar, pues, tal y como se anotó, el interés legítimo sobre la operación de esta infraestructura se encuentra en cabeza de los intereses y obligaciones a cargo de **CERREJÓN ZONA NORTE** y de ninguna manera podría afectar a terceros (usuarios y otras zonas portuarias) porque dicha instalación tiene una naturaleza de puerto de servicio privado”²⁸. (Subrayado fuera del texto original)*

De otra parte, dicha Autoridad advirtió que **GLENCORE** es controlante de las sociedades **C.I Prodeco S.A.**, **Consortio Minero Unido S.A.** y **Carbones de la Jagua S.A.**, las cuales, junto con otros accionistas, integran a las sociedades **FENOCO** y la **SPSA**.

Adicionalmente, indicó que **FENOCO** es el operador de la línea férrea por la que se transporta el carbón que se extrae en las minas ubicadas en el departamento de Cesar hacia la zona portuaria de Santa Marta y Ciénaga; y que la participación que tiene **GLENCORE**, a través de sus controladas, le permite ejercer control negativo sobre **FENOCO** con el 39,759% de las acciones. En lo que respecta a **Puerto Nuevo**, la participación que tiene **GLENCORE**, a través de sus controladas, es mayoritaria con el 98,3%²⁹.

Así, mencionó lo siguiente:

²⁸ Ibid. Páginas. 7 y 8.

²⁹ Ibid. Página. 8.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

“[L]o cierto es que **GLENCORE** tiene capacidad decisoria privilegiada frente al servicio público de transporte que se presta en el corredor férreo operado por **FENOCO**, así como en la infraestructura portuaria de **PUERTO NUEVO**, desconociéndose si la integración que se pretende pueda incentivarle la toma de decisiones que privilegien la actividad minera, de transporte férreo y de exportación en la Guajira, con algún grado de detrimento en lo que tiene que ver con la eficiencia que de la misma actividad minera, de transporte férreo y de exportación tiene lugar en el César, Santa Marta y Ciénaga en el Magdalena.

Esto, sin pretender decir que los intereses particulares que tiene **GLENCORE** en el proyecto de Cerrejón entrarán necesariamente en conflicto con los intereses particulares pero también públicos que están presentes en el César, Santa Marta y Ciénaga, pero lo cierto es que para efectos de lo que tiene que ver únicamente con la debida prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, esta Autoridad desde ya se encuentra atenta por si llegarán a revelarse afectaciones en el también legítimo interés público³⁰. (Subrayado fuera del texto original)

Adicionalmente, realizó las siguientes consideraciones:

I. Respetto del corredor férreo operado por **FENOCO**

El transporte de carbón desde las minas ubicadas en el departamento de Cesar hacia la zona portuaria de Santa Marta y Ciénaga donde operan los terminales de la **SPSA** y de **AMERICAN PORT COMPANY INC**, se realiza por el corredor férreo Atlántico – Santa Marta – Chiriguaná (**Red Férrea del Atlántico**), en virtud del Contrato No.: O-ATLA-00-99 de 1999 suscrito con **FENOCO**. Esa Autoridad señaló que el corredor férreo operado por **FENOCO** es de servicio público a diferencia del corredor férreo del **Cerrejón** que es privado.

En cuanto a los estatutos de la sociedad señaló lo siguiente:

“[S]e requiere Quórum Deliberatorio del 90%, así como Mayorías decisorias del 75% de la asamblea de accionistas. No obstante, de la página 40 a la 44 de los estatutos se señalan unas mayorías especiales requeridas del 90% de la asamblea de accionistas, para el desarrollo de unas operaciones especiales. Como consecuencia de lo anterior todos los accionistas que de manera individual o conjunta participen con más del 25% de las acciones podrían ejercer un control negativo sobre este órgano social. Como consecuencia, dichos accionistas podrían derrotar en asamblea propuestas destinadas a mantener la debida operación de la vía férrea aun sin participar, resultando este escenario indeseable para esta Autoridad de cara a la debida prestación del servicio público de transporte y su infraestructura, más allá de lo que pueda cuestionarse o no desde el punto de vista de la libre competencia económica”

Las vías férreas del cerrejón y la operada por **FENOCO** transportan productos de empresas que, en nuestra consideración y desde lo que conocemos, son competidoras en el mercado internacional del carbón. De realizarse la operación de integración las empresas del Grupo Glencore participarían en ambas vías férreas, una de servicio privado bajo su control absoluto y la otra de servicio público sobre la que ejerce control negativo debido al porcentaje de participación de sus controladas y las mayorías decisorias establecidas en los estatutos de **FENOCO**. A esto se le suma que en **PUERTO NUEVO**, la participación que tiene **GLENCORE** por cuenta de sus controladas es mayoritaria con el 98,3%.

Esta situación en principio no debería resultar preocupante pero lo cierto es que sí llama la atención para esta Autoridad encargada de velar por la prestación eficiente del servicio público de transporte y de su infraestructura, esto, se insiste, sin entrar a analizar el tema de la libre competencia económica por no ser de su resorte. Aunque sí debe decirse, porque esta Superintendencia ya tomó nota y por si llegara a resultar útil para el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio, que existe información conforme con la cual **GLENCORE** habría suspendido la explotación minera y adelantado el trámite de devolución de

³⁰ Ibid. Página. 9.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

los títulos mineros de Calenturitas y La Jagua, minas que tienen presencia en el César y, por ende, necesitan del uso del corredor férreo operado por **FENOCO** para transportar producto hacia los puertos de Santa Marta y Ciénaga³¹. (Subrayado fuera del texto original)

De igual forma, la **SUPERTRANSPORTE** señaló que "**FENOCO** fue sometida a control por esta Superintendencia mediante la Resolución 6028 de noviembre de 2011, por encontrarse hallazgos críticos en temas financieros, jurídicos y contables"³². Dicho sometimiento fue levantado de forma condicionada mediante la Resolución 18437 de noviembre de 2014 y a la fecha aún se continúa con seguimientos trimestrales a la actividad de la sociedad puntualmente, en los siguientes aspectos:

1. Avances y resultados del Tribunal de Arbitramento de **FENOCO** y sus accionistas por concepto de cuentas por cobrar "Take or pay".
2. Accidentalidad con terceros que invaden la zona de seguridad
3. Accidentalidad derivada de los procesos operativos de **FENOCO**
4. Información financiera y contable de **FENOCO**
5. Verificación de las solicitudes y trámite de acceso a terceros al uso de la línea férrea.

Esta situación se mantendrá vigente hasta que se verifique el cumplimiento de la condición, evento en el cual quedaría levantada la medida de sometimiento a control sin mayores requisitos o, en caso de verificarse el incumplimiento de la condición, se continuará con el trámite del sometimiento en los precisos términos de los artículos 85 y siguientes de la Ley 222 de 1995³³.

II. Respecto a la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo

Señaló que el transporte de carbón se realiza desde las minas ubicadas en el departamento de César hacia la zona portuaria de Santa Marta y Ciénaga lugar donde operan los terminales de la **SPSA** y de **AMERICAN PORT COMPANY INC.**

En este aspecto la **SUPERTRANSPORTE** recalcó lo siguiente:

"**GLENCORE**, por medio del control que ejerce sobre el Grupo **PRODECO**, participó en la explotación y exportación de carbón en el Cesar (minas Calenturitas y La Jagua), solo que con posterioridad habría suspendido la explotación y adelantado el trámite de devolución de los respectivos títulos mineros.

Lo anterior resulta llamativo para esta Superintendencia dentro del marco exclusivo de sus competencias y el contexto que viene de verse, pues, aun cuando hipotéticamente podría existir un posible desincentivo en la actividad minera en la zona del Cesar, derivado de la devolución de los títulos mineros que acaba de señalarse y la fuerza de inversión que actualmente está haciendo **GLENCORE** en torno de las operaciones que realiza en la Guajira, en cualquier caso, la debida prestación del servicio público de transporte y de su infraestructura debe prevalecer³⁴.

Finalmente, la **SUPERTRANSPORTE** concluyó lo siguiente:

"Respetuosamente, lo que se pone de presente ante la Autoridad única de competencia para que no se pase por desapercibido es que: i) **GLENCORE** cuenta con una participación accionaria del 98,3% en la sociedad portuaria Puerto Nuevo, la cual tiene a su cargo la concesión para la construcción, administración y operación de un puerto destinado al servicio

³¹ *Ibíd.* Páginas. 10 y 11.

³² *Ibíd.* Página. 11.

³³ *Ibíd.* Página. 12.

³⁴ *Ibíd.* Página. 13.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

*público para el manejo de carbón con el sistema de cargue directo, en jurisdicción del municipio de Ciénaga – Magdalena, ii) de realizarse la operación de integración, las empresas controladas por **GLENCORE** participarían en las dos vías férreas referidas, una, de servicio privado bajo su control absoluto y, la otra, de servicio público sobre la que ejerce control negativo debido al porcentaje de participación de sus controladas y las mayorías decisorias establecidas en los estatutos de **FENOCO**, y iii) a esto se le suma el desincentivo que tiene **GLENCORE** en la actividad minera en la zona del Cesar reflejado en los trámites que adelanta para hacer entrega de los títulos mineros de las minas Calenturitas y La Jagua, y la fuerza de inversión que actualmente está haciendo en la Guajira.*

En lo que tiene que ver estrictamente con la libre competencia económica corresponderá a la Superintendencia de Industria y Comercio resolver si el escenario hipotético de mercado, resultante de la integración, realmente guarda correspondencia con las normas que protegen los intereses legítimos de todos los agentes -competidores o no- que tienen presencia en la actividad minera, el transporte férreo del producto y su exportación, consideraciones que bien pueden resultar distintas de las presentadas por esta Autoridad en líneas anteriores, las cuales se enmarcan, exclusivamente, dentro de la prestación del servicio público de transporte y su infraestructura³⁵. (Subrayado fuera del texto original)

10.8. BARRERAS A LA ENTRADA

GLENCORE presentó las siguientes consideraciones respecto de barreras de entrada para los mercados involucrados en la operación:

- **Inversión inicial**

GLENCORE señaló que existe una gama muy amplia de variables que pueden afectar la inversión potencial y el plazo requerido para que un nuevo competidor comience a producir carbón térmico en Colombia. Estos son algunos de los escenarios hipotéticos señalados:

- Escenario 1:** un nuevo competidor desea comprar una mina existente en Colombia, que ya se encuentra establecida y que cuenta con acceso a infraestructura en el sitio (por ejemplo, plantas de procesamiento de carbón). En este caso, los costos asociados con su ingreso al mercado podrían ser relativamente bajos. Los costos principales involucrados con este tipo de nuevo entrante comprenden el capital requerido para adquirir los activos y procurarse o transferir los permisos o autorizaciones mineras. Dada su naturaleza, los activos mineros pueden variar significativamente dependiendo de una gran variedad de factores, tales como, los recursos probados, el diseño de la mina, la profundidad de los recursos recuperables, el método de extracción, la antigüedad y condición de la planta y el equipo, entre otros.
- Escenario 2:** un nuevo participante del mercado quisiera comprar propiedades de exploración sin operaciones mineras establecidas. Esta situación probablemente implicaría capital adicional. Por ejemplo, además del capital requerido para comprar los activos y obtener las aprobaciones o permisos pertinentes, habría costos asociados a la exploración y al desarrollo del sitio minero si éste fuera económicamente viable. **GLENCORE** estima que los costos de desarrollo de la mina podrían oscilar aproximadamente entre [REDACTED] y [REDACTED] millones de dólares estadounidenses. El tiempo requerido para explorar y desarrollar un nuevo sitio minero puede variar sustancialmente dependiendo un amplio número de factores que podría tomar entre [REDACTED] años como una estimación aproximada³⁶.

³⁵ Id.

³⁶ Documento "21326090--0000000003" de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 0, página 26 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

- **Barreras legales**

GLENCORE señaló los siguientes requisitos legales y reglamentarios que se requieren para ingresar al mercado de minería de carbón térmico en Colombia³⁷:

- (i) **Títulos y concesiones mineras:** los derechos de exploración y explotación de minerales son otorgados por el Estado colombiano a través de la **ANM**, mediante contrato de concesión otorgado al titular que se encuentre inscrito en el Registro Nacional de Minería. Según el contrato de concesión entre la **ANM** y la parte minera, ésta debe cumplir con ciertas condiciones antes de comenzar la actividad minera.
- (ii) **Licencias ambientales:** la licencia ambiental debe ser otorgada a la parte minera por la agencia gubernamental competente (Autoridad Nacional de Licencias Ambientales o la Corporación Autónoma Regional, según el plan de producción).
- (iii) **Autorizaciones de explosivos y consumo de combustibles:** las partes mineras requieren autorización para comprar y usar explosivos para voladuras del Departamento de Comercio y Control de Armas, Municiones y Explosivos. Además, las partes mineras deben presentar una solicitud de autorización para comprar explosivos de la Industria Militar Indumil.

También se requieren permisos para el consumo de combustible. Se requiere una "Autorización de Gran Consumidor" de la Dirección de Hidrocarburos del **MINMINAS** para el consumo de combustible superior a 20.000 galones anuales. Todas las transacciones de combustible también deben registrarse en el **MINMINAS**.

10.9. COMENTARIOS DE DRUMMOND FRENTE A LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN

DRUMMOND realizó algunas precisiones y señaló preocupaciones frente a la operación y las decisiones de **GLENCORE** en Colombia. A continuación, se presentará un resumen de estos³⁸.

En primer lugar, **DRUMMOND** realizó las siguientes precisiones:

- Si bien **GLENCORE**, desde hace más de un año no está explotando los títulos mineros que tiene en el Cesar, sí sigue ejerciendo un control negativo sobre **FENOCO**, empresa de la cual depende el funcionamiento de la vía férrea, indispensable para el transporte y exportación del carbón de **DRUMMOND**. De igual forma, **GLENCORE** controla la operación de **SPSA**, empresa obligada contractualmente a mantener el **canal de acceso** que utiliza **Puerto Drummond**.
- El negocio de explotación, transporte y exportación del carbón de **DRUMMOND** no puede existir sin el uso de la vía férrea. Lo anterior, en razón a que: (i) **DRUMMOND** no tiene permiso de la autoridad ambiental para transportar su carbón utilizando carreteras; (ii) no existen carreteras en esta zona del país, que tengan la capacidad para transportar las más de treinta millones (30.000.000) de toneladas que transporta al año **DRUMMOND** por la vía férrea; (iii) el costo de transportar el carbón en camiones es muy alto y afectaría enormemente la competitividad de **DRUMMOND**; (iv) las instalaciones portuarias de **DRUMMOND** no fueron diseñadas ni se encuentran acondicionadas para recibir el carbón

³⁷ Documento "21326090--0000000004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 0, páginas 9 y 10 (Documento PDF).

³⁸ Documento "21326090—0001100004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, página 5 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

cargado en camiones³⁹.

- La vía férrea del Atlántico se encuentra concesionada. En el año de 1999 **FERROVIAS** celebró un contrato de concesión para permitir que un tercero administrara la infraestructura férrea del Atlántico que cubría los departamentos de Cesar, Magdalena, Santander, Boyacá, Cundinamarca y Caldas. Este contrato se suscribió con **FENOCO**, compañía que en principio era controlada por la sociedad española Dragados y Construcciones (que le pertenecía al Grupo ACS).
- En el 2006 el **MINISTERIO DE TRANSPORTE**, propuso a las empresas productoras de carbón que adquirieran el 100% del capital accionario de **FENOCO**, ya que eran ellos los principales interesados en la operación, mantenimiento y eficiencia de la vía férrea, que les permitía transportar el carbón entre las minas y los puertos, con destino a la exportación. La concesión se restructuró y **FENOCO** continuó como concesionario de la vía férrea desde Chiriguana (Cesar) hasta Santa Marta (Magdalena). Las empresas que aceptaron la invitación del Ministerio y cumplieron los requisitos para adquirir acciones de **FENOCO** fueron: **DRUMMOND** (a través de su filial **DRUMMOND COAL MINING LLC**), **C.I. PRODECO S.A.**, **CARBONES DE LA JAGUA S.A.**, **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A.**, **CARBONES DE LOS ANDES S.A.**, **COMPAÑÍA DE CARBONES DEL CESAR S.A.**, **C.I. CARBONES DEL CARIBE S.A.**, los cuales procedieron a adquirir el 100% de las acciones de la empresa. Compra autorizada por la **SIC** (radicado No. 06-027462).
- Actualmente, el capital de **FENOCO** es de propiedad de las siguientes empresas:

Tabla No. 9
Accionistas de FENOCO

	ACCIONISTAS DE FENOCO	% PART.
DRUMMOND	Drummond Coal Mining LLC	40,90%
GLENCORE	C.I. Prodeco S.A.	39,70%
	Carbones de La Jagua S.A.	
	Consortio Minero Unido S.A.	
CNR	CNR Transport S.A.S.	17%
	Colombian Natural Resources S.A.S.	
OTROS	Port & Train S.A.S.	2,40%
TOTAL		100%

Fuente: Documento "21326090—0001100004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, páginas 8 y 9 (Documento PDF).

- Ninguno de los accionistas actuales tiene la posibilidad de ejercer un control positivo de manera independiente sobre **FENOCO**, ya que nadie tiene más del 75% de participación accionaria (que es el porcentaje mínimo para tomar decisiones en la empresa). Adicionalmente, existen algunas decisiones de Asamblea que requieren el voto favorable del 90% del total de las acciones.
- La Junta Directiva de **FENOCO** está compuesta por cinco (5) miembros y las decisiones deben ser adoptadas por el voto afirmativo de cuatro (4) de ellos. Al respecto, por reglas de cociente de participación accionaria, **DRUMMOND** puede postular dos (2) miembros de junta, las empresas de **GLENCORE** (**PRODECO** y **LA JAGUA**) otros dos (2) miembros y el resto de los accionistas podrán postular el último miembro de Junta Directiva.
- Ninguno de los accionistas puede ejercer un control positivo respecto de las actividades que adelante **FENOCO**. No obstante, tanto **DRUMMOND** como **GLENCORE** tienen un control negativo o poder de veto sobre todas las decisiones que deban ser tomadas al

³⁹ Documento "21326090—0001100004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, página 5 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

interior de la Junta Directiva y de la Asamblea de Accionistas.

- La relación que **DRUMMOND** ha tenido con **GLENCORE** no ha sido pacífica. A lo largo del tiempo las compañías han tenido diferencias en cuanto a las obligaciones y los “take or pay” en virtud de los diferentes acuerdos para el uso de la vía férrea. Algunas de estas diferencias tuvieron que ser dirimidas por un tribunal internacional de arbitraje, que resultó extremadamente largo, complejo y oneroso.
- Se han presentado dos situaciones de manera prácticamente simultánea que han puesto en riesgo la situación de equilibrio actual, especialmente del transporte eficiente de carbón que se realiza a través de **FENOCO**. Por un lado está la operación de integración de la referencia, como consecuencia de la cual **GLENCORE** planea hacerse al 100% del capital accionario de las compañías que actualmente explotan el proyecto **CERREJÓN** en la Guajira. Pero por otro lado, desde hace más de un año **GLENCORE** no está explotando sus minas del Cesar y ha manifestado su interés en devolverle al Gobierno Nacional los títulos mineros correspondientes a las minas de “La Jagua” y “Calenturitas” en el departamento del Cesar.
- De aprobarse la integración empresarial informada sin ningún tipo de condicionamiento, **GLENCORE** tendrá la posibilidad de competir vigorosamente en el mercado de explotación de carbón en la Guajira y a su vez tendrá la posibilidad de bloquear, ralentizar o hacer menos eficiente la operación de los diferentes usuarios de la vía férrea que explotan carbón en el departamento del Cesar, gracias al control negativo o poder de veto que ejerce sobre las actividades de **FENOCO**.
- Por otro lado, como la carga de **GLENCORE** no dependerá de la vía férrea que opera **FENOCO**, **GLENCORE** no tendrá ningún tipo de incentivo para garantizar la operación continua de la vía férrea así esto signifique la asunción de costos adicionales. De hecho, tendrá la posibilidad de bloquear este tipo de decisiones, con lo cual podría poner en riesgo la estabilidad del Contrato de Concesión que el Ministerio le otorgó a **FENOCO** para la operación de la vía.

De otra parte, señaló algunas preocupaciones frente a la operación y las decisiones de **GLENCORE** en Colombia. A continuación se detalla un resumen.

10.9.1. Posibilidad de obstaculizar, obstruir o ralentizar las actividades de FENOCO

DRUMMOND manifestó lo siguiente:

*“En realidad, lo más preocupante de la situación descrita es el hecho de que **GLENCORE** tiene la posibilidad de: (i) vetar, (ii) impactar la eficiencia y (iii) ralentizar las actividades de **FENOCO**, situación que afectaría de manera grave el desarrollo de las actividades de **DRUMMOND** y los otros usuarios que participan en el mercado de explotación de carbón en Colombia”.*

*(...) los intereses de **GLENCORE** no solo han cambiado al parar su operación en el departamento del Cesar, sino que estarán totalmente contrapuestos a los de **DRUMMOND** y demás usuarios carboneros de **FENOCO**. Es evidente que cualquier problema que se presente en **FENOCO** tiene un efecto positivo en las actividades de **GLENCORE** en su actividad principal de explotación y exportación de carbón. No existe ningún tipo de incentivo en cabeza de **GLENCORE** para mantener una operación expedita, eficiente y a un bajo costo⁴⁰.*

De igual forma, señaló que **GLENCORE** en su nueva posición como controlante de **CERREJÓN**,

⁴⁰ Documento “21326090—0001100004” de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, páginas 14 y 15 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

"(...) estaría en posibilidad de manipular en su beneficio el precio internacional del carbón, ya que cualquier afectación del funcionamiento de la vía férrea de **FENOCO** impedirá que el carbón de **DRUMMOND** llegue a los mercados internacionales de manera competitiva, con lo cual se subirán los precios del carbón en beneficio de **GLENCORE** y en detrimento de **DRUMMOND** y del país"⁴¹.

10.9.2. Conocimiento de información confidencial por parte de un competidor en el mercado de carbón

Mientras **GLENCORE** tenga un interés directo en la administración de **FENOCO** y su actividad principal dependa del buen funcionamiento del transporte por la vía férrea, existe justificación para que conozca: (i) las estrategias comerciales de **FENOCO**; (ii) los problemas que se puedan presentar en la actividad propia de **FENOCO**, y (iii) las relaciones y controversias que existan con todas las diferentes entidades estatales. No obstante, en el momento que **GLENCORE** deje de participar en la producción de carbón en el departamento del Cesar, la información a la que tendrá acceso en su calidad de accionista de **FENOCO**, le servirá para poder competir en condiciones asimétricas y ventajosas con **DRUMMOND** y los otros productores de carbón⁴².

DRUMMOND resaltó que el negocio de explotación y exportación de carbón no se puede entender sin el transporte del mismo. Así, esta compañía no sería competitiva en dado caso de no poder transportarse el producto a través de **FENOCO**. Por lo tanto, el hecho de que **GLENCORE** tenga la posibilidad de vetar decisiones y las actividades de **FENOCO** y además tenga acceso a la información sensible del transporte, "le confiere una influencia directa sobre el negocio de **DRUMMOND**, que resulta inadmisibles desde el punto de vista del principio de libre y leal competencia"⁴³.

10.9.3. Riesgo del mantenimiento del Canal de Acceso de Puerto Nuevo

Al respecto, **DRUMMOND** indicó lo siguiente:

*"Dentro de las obligaciones pactadas en el Contrato de Concesión Portuaria a cargo de **PUERTO NUEVO**, está la de mantener en condiciones de navegabilidad el canal de acceso que sirve tanto a **PUERTO NUEVO** como a **PUERTO DRUMMOND**. En el pasado, y mientras que **PRODECO** se mantuvo exportando carbón, el cumplimiento de esta obligación fue en beneficio tanto de **GLENCORE** como de **DRUMMOND**, pues la totalidad del carbón que dichas empresas explotan, transportan y exportan, provenía de las minas del Cesar y salía por **PUERTO NUEVO** y **PUERTO DRUMMOND** respectivamente.*

*Ahora que **GLENCORE** ha dejado de exportar carbón desde **PUERTO NUEVO**, debido a la cesación de la operación de explotación minera y a la renuncia a sus títulos mineros (en la medida en que la operación carbonífera en el **CERREJÓN** utiliza su propio puerto en la Guajira), las demoras en la obligación de dragado del canal de acceso generarían un evidente perjuicio para **DRUMMOND**, y una ventaja competitiva para **GLENCORE-CERREJÓN**"⁴⁴.*

⁴¹ Documento "21326090—0001100004" de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, página 15 (Documento PDF).

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.* Página 16.

⁴⁴ *Ibíd.*

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

10.10. COMENTARIOS DE GLENCORE RESPECTO A LA INFORMACIÓN PRESENTADA POR DRUMMOND⁴⁵

Respecto a los comentarios presentados por **DRUMMOND** acerca de la operación de integración, **GLENCORE** señaló las siguientes razones, por las cuales dichos comentarios son infundados:

- **Las alegaciones de DRUMMOND no están relacionadas con la operación proyectada**

GLENCORE señaló que las objeciones de **DRUMMOND** no guardan relación con la operación proyectada, pues éstas surgen del cierre de **PRODECO**. Un asunto que no es objeto de las funciones de la **SIC**. La compañía ha sido competidor de **DRUMMOND** en el mercado de carbón térmico durante años, incluido el tiempo en que ha sido propietaria del 33,33% de la **EMPRESA OBJETIVO**. En este sentido, la adquisición por parte de **GLENCORE** del resto de participaciones en la **EMPRESA OBJETIVO** no modifica de forma significativa el porcentaje de participación que **GLENCORE** tiene en el mercado global de carbón ni en Colombia, ni afecta los incentivos de esta compañía.

- **No existe evidencia de obstrucción efectiva**

GLENCORE señaló que **DRUMMOND** no logró aportar ninguna prueba que demuestre que la compañía desplegó o va a desplegar actuaciones que de alguna forma afecten la eficiencia o ralenticen las operaciones de **FENOCO**, que puedan llegar a perjudicar o impedir la capacidad de **DRUMMOND** para exportar carbón desde Colombia, y/o que le proporcionen algún beneficio medible.

- **Incapacidad de causar daño**

La compañía indicó lo siguiente:

“Glencore no tiene ninguna capacidad real de afectar la operación de FENOCO, sociedad que opera en forma independiente. La influencia de Glencore está limitada cuando mucho a un control negativo sobre FENOCO, que no permite a Glencore modificar el status quo de FENOCO, el cual protege el funcionamiento eficiente del Ferrocarril de FENOCO, particularmente teniendo en cuenta el alto volumen de capacidad de transporte disponible (...) Más aún existen un número importante de protecciones estructurales en los acuerdos que gobiernan la propiedad y operación de FENOCO, que en la práctica protegen a la compañía de cualquier estrategia obstructiva. En consecuencia, Glencore no puede elevar los costos de Drummond o de alguna forma afectar su operación como resultado de la Operación Proyectada”⁴⁶.

- **No se alteran los incentivos**

Indicó que la operación no impacta los incentivos de **GLENCORE**, ya que solo ocasionaría un pequeño cambio en su participación en el mercado aguas abajo de carbón térmico. Señaló que **GLENCORE** está y continuará estando financieramente incentivado para proteger sus inversiones en **FENOCO** y **SPSA**.

- **No existe una ventaja derivada de información confidencial**

GLENCORE aclaró que no ha recibido ni recibirá información confidencial que le confiera una ventaja competitiva sobre **DRUMMOND** o cualquiera de sus competidores. Recalcó que

⁴⁵ Archivo “Apendice.pdf”, documento “21326090—0001800006” de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 18. (Documento PDF).

⁴⁶ Ibid. Páginas 1 y 2 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

GLENCORE -al igual que **DRUMMOND**- ha recibido información relativa a **FENOCO** en su condición de accionista de la misma desde hace mucho tiempo, y este flujo de información permanece completamente inalterado por la operación proyectada.

Adicionalmente, **GLENCORE** realizó las siguientes consideraciones.

10.10.1. Supuestas teorías del daño planteadas por **DRUMMOND** y marco legal aplicable

GLENCORE señaló que en Colombia la **SIC** considera que las integraciones con efectos verticales tienen menos probabilidad de tener efectos anticompetitivos en comparación con las integraciones de tipo horizontal, ya que no implican la eliminación de un competidor. Esto considerando que las alegaciones de **DRUMMOND** corresponden a efectos verticales de obstrucción. Adicionalmente, señaló que para que **DRUMMOND** pudiera probar sus supuestas teorías del daño, tendría que demostrar que se cumple con todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- **La especificidad del daño en relación con la operación de integración:** se tendría que demostrar que las referidas estrategias verticales de obstrucción son causadas por un cambio estructural en el mercado colombiano, en concreto, por la operación de integración y no como resultado de otros cambios en el mercado, como, por ejemplo, el cese de operaciones de **PRODECO**.
- **Capacidad:** demostrar que **GLENCORE**, como resultado de la operación proyectada, tenga la capacidad de obstruir a **DRUMMOND**, demostrando que los derechos y poderes que **GLENCORE** tiene por sus intereses en **FENOCO** y **SPSA** le permiten participar en las supuestas estrategias obstructivas.
- **Incentivo:** demostrar que **GLENCORE**, como resultado de la operación de integración, tenga el incentivo para ejecutar la práctica obstructiva contra **DRUMMOND**, para lo cual se debe probar que la operación proyectada le otorga a **GLENCORE** un beneficio financiero cuantificable para realizar la estrategia obstructiva, que no existiría en ausencia de la operación de integración.
- **Daño a la competencia y a los clientes:** demostrar que la obstrucción tendría un impacto significativo en la competencia efectiva en Colombia. Demostrar que las supuestas estrategias dañarían u obstaculizarían a **DRUMMOND** y, lo cual, a su vez, tendrían un impacto adverso en los clientes colombianos.

Señaló que el motivo de las preocupaciones de **DRUMMOND** es la renuncia de **GLENCORE** a las concesiones asociadas con la operación minera de **PRODECO**, junto con otras consideraciones comerciales que no están relacionadas con la operación de integración o con las normas de competencia.

10.10.2. Las preocupaciones de **DRUMMOND** no tienen relación con la operación proyectada

GLENCORE recalcó que la operación de integración no afectará o alterará la operación del Ferrocarril de **FENOCO** o **Puerto Drummond**, y no tendrá ningún impacto negativo sobre la competencia en ningún mercado colombiano. **GLENCORE** ya es un productor y proveedor de carbón térmico consolidado a nivel mundial y la adquisición de las acciones restantes en la **EMPRESA OBJETIVO** solo incrementaría en un porcentaje pequeño su participación en el mercado global. Si las objeciones de **DRUMMOND** fueran válidas, éstas surgirían independientemente de si **GLENCORE** procede con la operación proyectada o no, y debería existir alguna evidencia del daño originado, ya que **PRODECO** cerró su operación minera hace

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

más de 18 meses.

De otra parte, resaltó que **GLENCORE** está contractualmente obligada, entre otras cosas, a dragar y mantener el Acceso al Canal que **DRUMMOND** también utiliza para acceder a **Puerto Drummond**. Estas obligaciones han existido por mucho tiempo y no quedarían afectadas en modo alguno por la Operación Proyectada.

10.10.3. Las objeciones de **GLENCORE** están motivadas por aspectos comerciales relativos al cierre de **PRODECO**

Señaló que **DRUMMOND** se vale de la **SIC** para plantear preocupaciones comerciales acerca del cierre de **PRODECO**, las cuales no están relacionadas con la operación de integración.

GLENCORE manifestó lo siguiente:

“En relación con FENOCO, cuando sus accionistas -incluidos Glencore y Drummond- adquirieron FENOCO en el año 2006 (adquirieron la compañía que estaba a cargo del Ferrocarril FENOCO, en virtud del Contrato de Concesión de FENOCO7) decidieron celebrar varios acuerdos que regirían sus relaciones futuras. Estos acuerdos incluyen el Acuerdo de Accionistas de FENOCO y los Estatutos Sociales. En estos documentos legales los accionistas (que tuvieron el beneficio de asistencia externa legal) convinieron que tales acuerdos obligarían a cada accionista hasta que el Ferrocarril de FENOCO dejara de operar o un Accionista vendiera su participación en FENOCO. Drummond ahora intenta discutir - infundadamente- estas cuestiones en un aparente esfuerzo por modificar esos acuerdos”⁴⁷.

10.10.4. **GLENCORE** no tiene la capacidad de obstruir el acceso de Drummond a sus clientes de carbón térmico

Señaló que **GLENCORE** no tiene la capacidad para incrementar artificialmente los costos de transporte de **DRUMMOND** o para bloquear su acceso a insumos clave a través de **FENOCO**. Al respecto, manifestó lo siguiente:

- De conformidad con el Acuerdo de Accionistas y los Estatutos de **FENOCO**, **GLENCORE**, junto con **DRUMMOND**, tienen control negativo sobre **FENOCO**. Los asuntos estratégicos de **FENOCO** se deciden en la Asamblea de Accionistas, en la que cada accionista puede votar en proporción a su participación accionaria y en la que todas las decisiones están sujetas a un umbral del 75% o 90%, para algunas materias específicas. Dado que tanto **GLENCORE** como **DRUMMOND** tienen capacidad de veto respecto de las decisiones de la Asamblea, ninguno puede tomar decisiones en forma unilateral. En adición a lo anterior, la Junta Directiva de **FENOCO** cuenta con atribuciones limitadas en relación con las actividades de **FENOCO** y en ningún caso es controlada por **GLENCORE**⁴⁸.
- Con el nivel de influencia limitado que tiene **GLENCORE** sobre **FENOCO**, en la práctica no tiene capacidad para impactar la operación de **FENOCO**.
- El *status quo* de **FENOCO** es suficiente para asegurar su operación de forma eficiente y continua.

⁴⁷ Archivo “Apendice.pdf”, documento “21326090—0001800006” de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 18, página 6 (Documento PDF).

⁴⁸ *Ibid.* Página 7.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

- Los documentos de gobierno y el marco regulatorio de **FENOCO** contienen varias protecciones integradas. Por ejemplo, bajo el Acuerdo de Accionistas, **FENOCO** está sujeto a su principio operativo fundamental para la “operación ordenada y eficiente” del Ferrocarril de **FENOCO**. De otra parte, **GLENCORE** señaló que, de conformidad con el Contrato de Concesión, **FENOCO** puede ser multada por incumplir sus obligaciones y la Concesión puede ser rescindida si **FENOCO** hace inoperable el Ferrocarril.
- Bajo la Concesión de **SPSA**, **GLENCORE** está obligada contractualmente, entre otras cosas, a dragar y mantener el Canal de Acceso común que **DRUMMOND** también usa para acceder a **Puerto Drummond**. Si **GLENCORE** no draga el Canal de Acceso, la Concesión podría rescindirse.
- **DRUMMOND** tiene el derecho contractual de solicitar a la autoridad respectiva que le permita realizar el dragado y cobrar esos costos a **GLENCORE/SPSA**. Al final, esto significa que **GLENCORE** no tiene la capacidad práctica de excluir el acceso de **DRUMMOND** a **Puerto Drummond**, pues si **GLENCORE** no cumpliera con sus obligaciones contractuales, **DRUMMOND** tendría recursos para dragar por sí mismo el Canal de Acceso y para que **GLENCORE** se haga cargo de dichos costos

10.10.5. La Operación Proyectada no genera un incentivo para obstruir el acceso a Drummond a los clientes globales de carbón térmico

GLENCORE señaló que la operación proyectada solo generaría preocupaciones de obstrucción a insumos si, como resultado de dicha integración, existiera algún beneficio para **GLENCORE** que justificara su incursión en estrategias de obstrucción en contra de **DRUMMOND**.

Así mismo, indicó que **GLENCORE** está y seguirá estando incentivado para proteger sus inversiones en **FENOCO** y **SPSA**, y para asegurar que éstos operarán de acuerdo con sus respectivos Contratos de Concesión y demás obligaciones legales, incluyendo frente a sus clientes.

10.10.6. No existe evidencia de obstrucción o de impacto efectivo en la competencia

GLENCORE sostiene que si los argumentos hipotéticos de **DRUMMOND** fueran en alguna forma sustentables, habría alguna evidencia de degradación o detrimento ocasionado desde marzo de 2020, cuando **PRODECO** cesó en sus operaciones, dado el pre-existente interés de **GLENCORE** en la **EMPRESA OBJETIVO**. Es decir, el incremento en el interés de **GLENCORE** en la **EMPRESA OBJETIVO** del 33,33% al 100% no crea ningún nuevo incentivo para **GLENCORE** ni altera sus incentivos existentes en relación con la operación de **FENOCO** o **SPSA**.

De otra parte, la operación de integración no impactará en relación con la información que **GLENCORE** o **DRUMMOND** tienen derecho a recibir por ser Accionistas de **FENOCO**. **GLENCORE** y **DRUMMOND** ya tienen acceso a información relacionada con **FENOCO** y la operación proyectada no cambiará esto.

10.11. EFECTOS DE LA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN

Los efectos de una operación de integración se encuentran vinculados al tipo de transacción que se realiza. Sea lo primero indicar que esta Entidad reconoce que el análisis de competencia se puede desarrollar específicamente en la zona geográfica que se va a ver afectada con el perfeccionamiento de la operación. En este caso, La Guajira, ya que es donde se encuentran las minas del Cerrejón objeto de la operación proyectada.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

Es importante recordar que la cadena de valor del carbón térmico incluye en sus etapas: **(i)** la extracción/producción de carbón térmico de la mina; **(ii)** su transporte hasta el puerto por vía férrea; y **(iii)** la exportación por mar a clientes alrededor del mundo. En la integración analizada se observa que dicha cadena de valor se encuentra verticalmente integrada, ya que la **EMPRESA OBJETIVO** opera el ferrocarril que transporta el carbón térmico desde la mina en el interior de La Guajira hasta Puerto Bolivar en el municipio de Uribía, Guajira, siendo el ferrocarril y el puerto infraestructuras privadas a cargo de la **EMPRESA OBJETIVO** para su uso exclusivo.

En cuanto a la extracción/producción de carbón térmico se observa que el mercado puede ser definido como la colección de aquellas zonas en las cuales se encuentran minas con capacidad de producir carbón térmico para exportación. Como muy bien lo mencionó **GLENCORE** en el documento de pre-evaluación, el **Ferrocarril del Cerrejón** opera en una ubicación geográfica completamente diferente a la del **Ferrocarril de Fenoco**. Situación similar sucede con el transporte marítimo.

En el caso concreto se observa que la operación proyectada derivará en que **GLENCORE** sea titular del 100% de las acciones de las sociedades que conforman la **EMPRESA OBJETIVO**. Empresas de las cuales, actualmente, **GLENCORE** es titular del 33,33%. Es importante mencionar que el 100% del carbón térmico que extraen las empresas objetivo se vende exclusivamente a clientes por fuera de Colombia. Es decir, que la oferta de carbón térmico en Colombia no se vería afectada con la operación de integración.

Por el contrario, sí resulta preocupante para esta Superintendencia el hecho de que **GLENCORE**, en su nueva posición como controlante de la **EMPRESA OBJETIVO**, y ante la eventual renuncia sobre los títulos mineros de los proyectos de La Jagua y Calenturitas, pierda los incentivos de mantener condiciones óptimas en la operación del corredor ferroviario de **FENOCO**, alterando así las condiciones de acceso de terceros productores de carbón a la infraestructura ferroviaria necesaria para su exportación.

Es importante recordar que **GLENCORE** (a través de **PRODECO**) tiene el 39,75% de participación en **FENOCO**, quien es la empresa encargada de administrar la infraestructura férrea del Atlántico en el tramo que inicia en Chiriguaná, Cesar y termina en Santa Marta, Magdalena. La infraestructura ferroviaria en la que opera **FENOCO** es propiedad del Estado Colombiano, y su operación se encuentra concesionada a favor de **DRUMMOND**, **GLENCORE**, **CNR**, y **PORT & TRAIN S.A.S.**, siendo los dos primeros quienes tienen la mayor participación, del 40,936% y 39,75%, respectivamente.

Así, **GLENCORE** al adquirir el control total sobre las minas del Cerrejón, sumado a la renuncia a sus operaciones mineras en el departamento del Cesar, escenario en el que no requiere del uso de esta vía férrea para poder transportar su carbón hasta un puerto para su eventual exportación, estaría perdiendo un incentivo importante para velar por la adecuada operación en este tramo. En este sentido, se podría pensar que **GLENCORE** al participar con el 100% en la producción de carbón térmico en las minas del Cerrejón y dejar de participar en las minas del Cesar, podría valerse del control negativo que tiene sobre **FENOCO** para afectar el adecuado funcionamiento del mismo. Esto con el fin de afectar a los usuarios de esta vía férrea, que requieren de dicho transporte para poder llevar a puerto el carbón que va a ser exportado. Lo anterior, reconociendo que de cara al mercado de exportación los usuarios de la vía férrea de **FENOCO**, quienes extraen carbón térmico de las minas del Cesar, serían competidores de **GLENCORE**.

En este punto es importante revisar la información aportada sobre los estatutos de **FENOCO**, para determinar si la participación accionaria de **GLENCORE** sobre **FENOCO** le permite ejercer algún grado de influencia importante, por la vía de control negativo, en decisiones necesarias para la

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

adecuada operación de la empresa concesionaria. Al respecto en los estatutos de **FENOCO** se encontró lo siguiente⁴⁹:

- Las siguientes decisiones requieren de un voto favorable mínimo del 90% de los accionistas: (i) modificación de los estatutos; (ii) los cambios en la metodología del cálculo de la tarifa cobrada por **FENOCO** a los usuarios en el tramo Chiriguaná-Santa Marta; (iii) la aprobación del presupuesto o cualquier modificación en el presupuesto; (iv) cualquier modificación a los términos y condiciones del compromiso de compra en firme (*Take or pay*)⁵⁰ de un usuario; (v) la aprobación de cualquier financiamiento que exija garantías de los accionistas por fuera de lo que se ha contemplado y aprobado en el plan de negocios.
- La Junta Directiva de **FENOCO** está compuesta por cinco (5) miembros, de los cuales **GLENCORE** está en posibilidad de postular a dos (2) miembros, **DRUMMOND** a (2) miembros y **CNR**, y **PORT & TRAIN S.A.S.** al miembro restante. Adicionalmente, se encuentra que las decisiones adoptadas por este órgano social deben ser adoptadas, como mínimo con el voto afirmativo de 4 miembros de la Junta Directiva. Así, entre las decisiones que está en capacidad de adoptar la Junta Directiva, de acuerdo con los Estatutos de **FENOCO**, se encuentra “*tomar las medidas necesarias para que se adopten criterios para la operación del Tramo Chiriguaná – Santa Marta (...)*”⁵¹.

En este orden de ideas, esta Superintendencia encuentra que la posibilidad de ejercer un poder de veto sobre las decisiones necesarias para el adecuado funcionamiento de la vía férrea que conecta el tramo entre Chiriguaná y Santa Marta, confiere a **GLENCORE** la posibilidad de ejercer un control negativo sobre **FENOCO**. De esta forma, la renuncia de **GLENCORE** a sus operaciones mineras en el departamento del Cesar, implica que no necesita usar esta vía férrea para poder transportar su carbón hasta un puerto para su eventual exportación. Por esta razón, la compañía estaría perdiendo un incentivo importante para velar por la adecuada operación en este tramo. Esta situación podría dar lugar a eventuales impedimentos para que terceros puedan acceder a una vía de transporte para la exportación en las mismas condiciones y bajo la estructura de costos actual.

De otra parte, también es importante revisar si **GLENCORE** tiene la posibilidad de impedir el acceso a terceros a la infraestructura portuaria necesaria para la exportación de carbón, teniendo en cuenta que a través de **PRODECO** tiene el 100% de participación accionaria en **SPSA**. En principio, existiría la posibilidad de que **GLENCORE**, al igual que con la infraestructura ferroviaria, dejara de tener incentivos para garantizar las condiciones de operación óptima de **Puerto Nuevo**. Esto, teniendo en cuenta que dejaría de hacer uso de dicha infraestructura portuaria para la exportación del carbón que producía a través de sus subsidiarias en el departamento del Cesar y, obtendría el control sobre la **EMPRESA OBJETIVO**. Así, **GLENCOR** podría tener un interés en priorizar sus propias exportaciones a través de **Puerto Bolívar**, en el departamento de La Guajira, sobre aquellas de sus competidores que hacen uso de la infraestructura en **Puerto Nuevo**.

⁴⁹ Con base en información aportada por **GLENCORE** y **DRUMMOND**. Archivo “Apendice.pdf”, documento “21326090—0001800006” de la Carpeta Reservada del Expediente, consecutivo 18 y Documento “21326090—0001100004” de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, página 5 (Documento PDF).

⁵⁰ Al respecto, se aclara que “*Para el efecto las empresas mencionadas firmaron un Contrato de Asociación, como consecuencia del cual los accionistas de FENOCO adquirieron el derecho a ser usuarios de la vía férrea, para lo cual pagaron un “Derecho de Acceso” y firmaron con FENOCO un “Contrato de Usuario”, el cual tiene pactada una cláusula de “Take or Pay”, que les permite acceder a una tarifa de transporte más baja, con la obligación de pagar una suma mínima por el uso de la vía férrea*”.

Documento “21326090—0001100004” de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, página 8 (Documento PDF).

⁵¹ Documento “21326090—0001100004” de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo 11, página 11 (Documento PDF).

Al respecto, es importante reiterar que **GLENCORE**, a través de **SPSA**, tiene a su cargo un contrato de concesión portuaria, que lo obligan a (i) permitir el acceso a sus servicios portuarios a terceros dispuestos a someterse a sus tarifas y condiciones, por tratarse de un puerto de carácter público y (ii) mantener la navegabilidad del canal de acceso de las demás concesiones portuarias del sector. Por lo anterior, cualquier acción u omisión por parte de **SPSA** tendiente a impedir el acceso de terceros a dicha infraestructura portuaria, implicaría también un incumplimiento de dicho contrato, con las repercusiones de carácter pecuniario que ello le traería como consecuencia. Aquel incumplimiento también se presentaría en el evento en que **GLENCORE**, a través de **SPSA**, interfiera con las operaciones portuarias desarrolladas con los demás concesionarios en el sector⁵².

Puerto Nuevo es un puerto de servicio público que fue diseñado para ser el principal puerto de servicio público para la exportación de carbón en Colombia, para el uso de todos los productores de carbón del país. Adicionalmente, esta Superintendencia en Resolución No. 11168 de 2020 concluyó que “*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*”⁵³. En este orden de ideas, las preocupaciones que podrían derivarse respecto a la infraestructura portuaria de **Puerto Nuevo** se diluyen en razón a que: (i) es un puerto público que tiene la capacidad de exportar la producción de terceros; (ii) **GLENCORE** no acapararía la capacidad del puerto, toda vez que no lo va a utilizar; y (iii) existe sustituibilidad entre Puerto Nuevo y otros puertos localizados en zonas geográficas diferentes a Ciénaga, Magdalena.

En este sentido, esta Superintendencia considera que **GLENCORE** no cuenta con los medios necesarios, ni los incentivos para impedir a terceros competidores el acceso a la infraestructura portuaria necesaria para la exportación del mineral. No obstante, sí puede ejercer un control negativo sobre **FENOCO**, que le permitiría hacer menos eficiente la operación de los diferentes usuarios de la vía férrea que explotan carbón en el departamento del Cesar.

10.12. COMUNICACIÓN DE GLENCORE RADICADA CON EL NO. 21-326090-45⁵⁴

Previendo las eventuales restricciones de la competencia que advirtió esta Entidad, **GLENCORE** reiteró en el escrito radicado el 10 de diciembre de 2021 con el No. 21-326090-45, que la operación proyectada no genera preocupaciones en términos de competencia.

Los argumentos presentados por **GLENCORE** fueron los siguientes:

1. Evidencias mencionadas en el Concepto de la SIC que respalda los argumentos de Glencore

GLENCORE señaló en la comunicación que a pesar de que el Concepto de la **SIC** se centra en el cierre de las Minas de Prodeco, llega a varias conclusiones que apoyan la posición de **GLENCORE** según la cual la operación no plantea problemas de derecho de la competencia:

“(a) En su Concepto la SIC concluye que cualquier incentivo de bloqueo que Glencore pudiera tener en relación con FENOCO no se vería modificado con la Transacción Proyectada. Este

⁵² En el marco del Contrato de Concesión No. 1 del 31 de marzo de 2011, PNSA se comprometió a que “(...) sus operaciones no interferirán con ninguna de las operaciones portuarias desarrolladas con los demás CONCESIONARIOS (sic) en el sector”.

⁵³ Resolución por la cual se archiva una investigación. Página 41.

⁵⁴ Documento “21326090—0004500001” de la Carpeta Reservada de Intervinientes del Expediente, Consecutivo “45”.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

aspecto confirma nuestra opinión en el sentido de que la teoría del daño presentada por Drummond no es específica y no está directamente relacionada con la integración empresarial.

(b) La SIC comparte la posición según la cual el cierre de las Minas de Prodeco (y, por ende, cualquier estrategia de bloqueo por parte de Glencore contra Drummond en Colombia) no tendría impacto alguno en los precios globales o domésticos del carbón térmico, toda vez que los productores colombianos (incluso si se consideran en conjunto) tienen una participación muy baja en el mercado global del carbón térmico y, como resultado, son tomadores de precios en ese mercado. Esto demuestra que Glencore, como tomador de precios, no tendría ningún incentivo para bloquear a Drummond, pues dicho bloqueo no le permitiría incrementar el volumen de carbón térmico que vende o venderlo a mayor precio.

(c) La SIC concluyó que, debido a que Puerto Nuevo presta un servicio público, y como consecuencia de las obligaciones regulatorias y contractuales que tiene, Glencore no está en capacidad de bloquear a Drummond ni a otros competidores el acceso a "Puerto Nuevo"⁴. Los puntos señalados por la SIC en relación con Puerto Nuevo son igualmente aplicables a FENOCO⁵⁵.

Adicionalmente, señaló que en el concepto de la SIC se plantearon varios puntos relacionados con algunos de los derechos de veto que **GLENCORE** tiene en **FENOCO** y que podrían permitirle afectar la operación eficiente de este último. Derechos que son los mismos que tiene **DRUMMOND** y que le permite proteger sus intereses en **FENOCO**. Así mismo, en el mencionado concepto se hace referencia a los incentivos de **GLENCORE** para velar por la adecuada operación en ésta ruta férrea. Incentivos que, recalca **GLENCORE**, no han cambiado y no se verán afectados como resultado de la operación de integración, entre otras razones, porque el **Ferrocarril de FENOCO** es esencial para la operación continua y viabilidad de **Puerto Nuevo**. Adicionalmente, señaló que **GLENCORE** no tiene la capacidad de impedir el acceso de **DRUMMOND** al Ferrocarril de **FENOCO**, ni de afectar el buen funcionamiento de **FENOCO**.

2. El Concepto de la SIC respalda firmemente la posición de GLENCORE según la cual la Transacción Proyectada no plantea problemas de competencia

GLENCORE indicó que el Concepto de la SIC ratifica que algunos de los argumentos presentados por **DRUMMOND** carecen de fundamento. Estos argumentos son: (i) que **GLENCORE** tiene un incentivo para emprender una estrategia de bloqueo; (ii) que la estrategia de bloqueo tendría un impacto adverso y significativo en la competencia en el mercado mundial del carbón térmico; y (iii) que ello se deriva de la operación proyectada.

Al respecto señaló lo siguiente:

2.1 Cualquier incentivo de Glencore en relación con el Ferrocarril de FENOCO no cambia con la Transacción Proyectada y, por tanto, no es específico ni está relacionado con la integración empresarial

La teoría del daño de Drummond en relación con FENOCO no está relacionada con la Transacción Proyectada. Como es evidente, las preocupaciones de Drummond serían las mismas si la Transacción Proyectada no se llevara a cabo, pues surgen de hechos que no tienen nada que ver con la Transacción Proyectada y que son anteriores a ella.

En el Concepto de la SIC, la Entidad reconoce esta falta de especificidad de la integración empresarial en relación con los incentivos de bloqueo de Glencore (la SIC reafirmó esto cuando manifestó sus preocupaciones en la videoconferencia del 7 de diciembre). Al respecto señala:

"Y es que incluso en el caso de no concretarse la operación [la Transacción Proyectada], por el hecho de ostentar [Glencore] una participación accionaria del 33,33% sobre CDC, CZN y CMC

⁵⁵ Ibid. Página 2.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

[la Empresa Objetivo], ante una eventual renuncia a los títulos mineros en La Jagua y Calenturitas [las Minas de Prodeco], su interés seguiría siendo contrapuesto a sus competidoras que hacen uso de FENOCO, pues mantendría su participación minoritaria en una operación minera cuyo producto competiría con aquel de Drummond, CNR y Port & Train S.A.S. y cualquier tercero exportador de carbón que haga uso de esta infraestructura ferroviaria, en el mercado global." (Subrayado fuera de texto) (Concepto de la SIC, página 44)

En definitiva, cualquier incentivo de Glencore en relación con FENOCO no cambia ni está relacionado con la Transacción Proyectada. Antes de la Transacción Proyectada, Glencore ya poseía una participación en la Empresa Objetivo, toda vez que ya competía con Drummond en el suministro a los clientes de carbón térmico a nivel mundial, ya era un Accionista de FENOCO y ya era propietaria de Puerto Nuevo. Así, al margen de que Glencore aumente su participación en la Empresa Objetivo, nada de esto se afecta por la Transacción Proyectada y, del mismo modo, el cierre de las Minas de Prodeco no tiene ningún impacto sobre estos hechos y no cambia los incentivos de Glencore para continuar participando en FENOCO para asegurar su correcto funcionamiento (lo cual es esencial para el éxito y operación continuos de Puerto Nuevo).

(...)

2.2 Cualquier estrategia de bloqueo en Colombia carecería de impacto en los precios mundiales o nacionales del carbón térmico

En el Concepto de la SIC, la Entidad evalúa el cierre de las Minas de Prodeco en el mercado mundial del carbón térmico y, en particular, en los precios internacionales del carbón térmico. En su Concepto, la SIC afirma que la participación en el mercado mundial de todos los productores colombianos de carbón térmico (incluyendo a Glencore y a Drummond) es muy baja, pues asciende tan sólo a 1,04% aproximadamente y por tanto, "la participación de Colombia en la producción mundial de carbón permite concluir que el país no tiene la capacidad de determinar de manera unilateral el precio internacional del carbón" (subrayado fuera de texto). Sobre esta base, la SIC llega a la siguiente conclusión:

"[L]as empresas que participan en la producción de carbón a nivel nacional, tampoco tienen la potencialidad de impactar el precio internacional a través de las operaciones que realizan en el país.

En este orden de ideas, se concluye que ninguna de las empresas que participa en la producción de carbón a nivel nacional, tiene la potencialidad de (i) imponer unilateralmente las condiciones del mercado internacional, (ii) actuar con independencia de sus competidores en el mercado internacional o, (iii) fijar de manera unilateral los precios o las cantidades ofrecidas en dicho mercado. Lo anterior, teniendo en cuenta únicamente las operaciones que realizan los grupos económicos en el territorio nacional. Por lo tanto, resulta evidente que la renuncia de Glencore no tendrá un impacto significativo sobre el precio al que se transa dicho commodity en el mercado internacional.

De modo que, la renuncia de Glencore tampoco tendrá la potencialidad de impactar (i) los precios que perciben los exportadores de carbón en Colombia, por sus ventas en dicho mercado, o (ii) los precios que perciben los importadores de carbón en Colombia. Así las cosas, esta Superintendencia no advierte ninguna preocupación frente a este particular." (Subrayado fuera de texto) (Concepto de la SIC, página 35).

La conclusión del Concepto de la SIC según la cual los productores colombianos de carbón térmico (incluidos Glencore y Drummond) son tomadores de precios, tiene dos implicaciones:

En primer lugar, significa que, aunque se produjera una reducción significativa del volumen de las exportaciones de carbón térmico colombiano (ya sea por el cierre de las Minas de Prodeco o por un hipotético bloqueo del Ferrocarril de FENOCO) esto no tendría un impacto material en los precios. Del mismo modo, si hubiere un incremento significativo en el volumen de exportaciones colombianas, tal circunstancia no impactaría los precios. En consecuencia, no habría ningún beneficio para Glencore si bloqueara el acceso de Drummond a FENOCO para vender un mayor volumen.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

En segundo lugar, aunque ahora Glencore es sólo un Accionista de FENOCO (y no un usuario importante del Ferrocarril FENOCO como Drummond), esto no plantea ningún problema de competencia. De hecho, es muy común que las empresas sean propiedad de accionistas que no son usuarios o clientes de la empresa en cuestión.

(...)

2.3 Las obligaciones de servicio público, regulatorias y contractuales reconocidas por la SIC en relación con Puerto Nuevo, son igualmente aplicables frente a FENOCO

En su Concepto la SIC acepta que las obligaciones de servicio público, regulatorias y contractuales que surgen del Contrato de Concesión de Puerto Nuevo ("**Contrato de Puerto Nuevo**") generan que Glencore no tenga los medios necesarios para bloquear el acceso a Puerto Nuevo (...).

Existe una simetría clara con las disposiciones del Contrato de Concesión de FENOCO ("**Contrato de FENOCO**") en las que se establece el mismo tipo de limitaciones en relación con FENOCO donde, igualmente: "cualquier acción u omisión por parte de [Glencore o FENOCO] tendiente a impedir el acceso de terceros a dicha infraestructura [ferroviaria], implicaría también un incumplimiento de dicho contrato, con las repercusiones de carácter pecuniario que ello le traería como consecuencia" (Concepto de la SIC, página 41)⁵⁶.

En lo que respecta al punto de simetría en las disposiciones del contrato de concesión de FENOCO y el contrato de concesión de Puerto Nuevo, GLENCORE realizó la siguiente tabla comparativa:

"Cuadro 1 – Comparación entre las disposiciones del Contrato de Puerto Nuevo y el Contrato de FENOCO"

Disposición en el Contrato de Puerto Nuevo	Disposición equivalente en el Contrato de FENOCO
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

⁵⁶ Ibíd. Páginas 3 a la 6.

[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

Como se desprende del Cuadro 1, existen una serie de protecciones análogas de servicio público, reglamentarias y contractuales en el marco del Contrato de FENOCO que hacen que Glencore no disponga de los medios necesarios para impedir el acceso a FENOCO⁵⁷.

3. GLENCORE no tiene capacidad práctica para impedir el acceso a FENOCO

En el Concepto de la SIC, la Entidad identificó 5 áreas de decisión para la Asamblea de Accionistas de FENOCO que requieren la aprobación de una mayoría del 90% de los Accionistas y sobre las que GLENCORE tiene derecho de veto, al igual que DRUMMOND y CNR. Estas áreas son las siguientes:

- (i) La modificación de los estatutos
- (ii) Los cambios en la metodología del cálculo de la tarifa cobrada por FENOCO a los usuarios en el tramo Chiriguaná-Santa Marta.
- (iii) La aprobación del presupuesto o cualquier modificación en el presupuesto.
- (iv) Cualquier modificación a los términos y condiciones del compromiso de compra en firme (*Take or pay*) de un usuario.
- (v) La aprobación de cualquier financiamiento que exija garantías de los accionistas por fuera de lo que se ha contemplado y aprobado en el plan de negocios.

Adicionalmente, en el mencionado Concepto la SIC también indicó que el nombramiento por parte de Glencore de 2 miembros en la Junta Directiva de FENOCO permite a esa sociedad vetar las decisiones de la Junta Directiva, incluyendo el de tomar las medidas necesarias para que se adopten criterios para la operación del Tramo Chiriguaná – Santa Marta (**el Ferrocarril de Fenoco**).

En este sentido, GLENCORE señaló que “el derecho de veto que tiene Glencore en relación con estos asuntos no le confiere capacidad de afectar el buen funcionamiento de FENOCO o perjudicar los derechos de Drummond como Accionista y usuario de FENOCO. Si esto fuera posible -que no lo es-, Drummond tendría derecho a ejercer su derecho de veto, tal como se define en el SHA y en los Estatutos, para oponerse a cualquier propuesta presentada por cualquier Accionista que tenga por objeto modificar o afectar los derechos de Drummond o el buen funcionamiento del Ferrocarril de FENOCO⁵⁸”. Lo anterior, considerando que DRUMMOND tiene exactamente los mismos derechos y vetos que GLENCORE en relación con FENOCO.

Frente a estos aspectos GLENCORE señaló lo siguiente:

⁵⁷ Ibíd. Páginas 7 y 8.

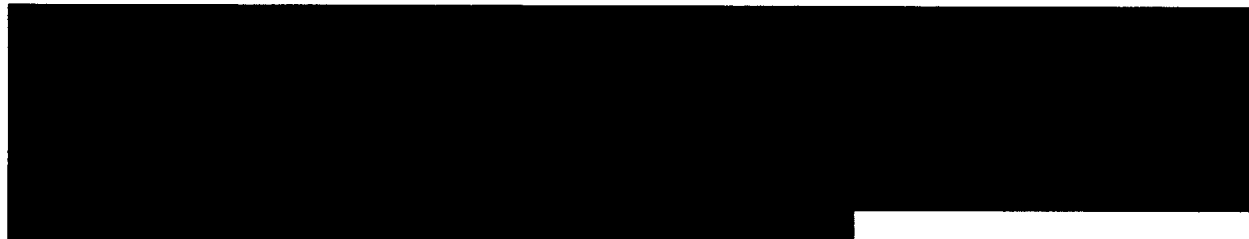
⁵⁸ Ibíd. Página 9.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

3.1. Glencore no puede alterar o cambiar ninguna de las disposiciones del SHA o de los Estatutos ni terminar estos acuerdos



3.2. Glencore no puede modificar la metodología de cálculo ni aumentar las tarifas

Las tarifas que se deben pagar por la utilización del Ferrocarril de FENOCO son fijadas por el Ministerio de Transporte,



En consecuencia, la decisión de solicitar al Ministerio el aumento o la modificación de las tarifas sólo puede bloquearse con el acuerdo tanto de Glencore como de Drummond, ya que la decisión de no realizar esta solicitud requiere una mayoría del 75% de los Accionistas. Por lo tanto, Glencore no tiene capacidad para aumentar o cambiar la metodología de cálculo de las tarifas de FENOCO y, por tanto, su influencia sobre las tarifas es extremadamente limitada. Además, las tarifas de FENOCO no se han modificado desde el año 2006, cuando las tarifas fueron fijadas, excluyendo ajustes por inflación.

3.3. Glencore no puede modificar o cambiar los Contratos de "Take or Pay" de ningún usuario

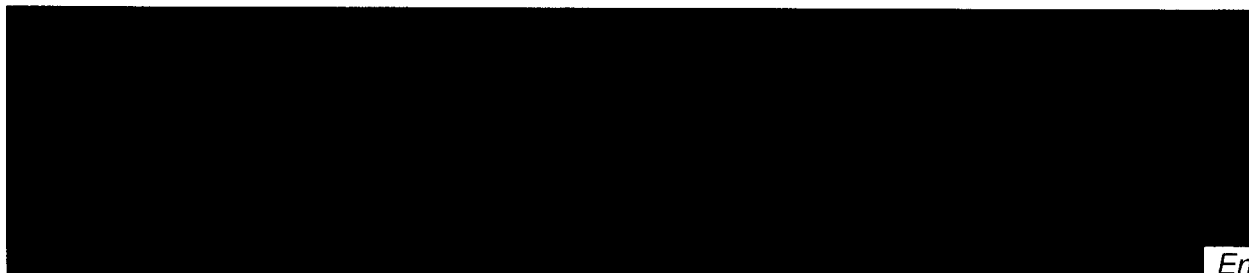
El derecho de Drummond a acceder al Ferrocarril de FENOCO está regulado en el Contrato de Usuario Take or Pay de Drummond, que se mantiene vigente hasta la finalización del SHA de FENOCO.



para regular de forma integral las condiciones de uso y explotación del Ferrocarril de FENOCO hasta la finalización del Contrato de Concesión de FENOCO.

Adicionalmente, los "volúmenes garantizados" (es decir, el volumen que FENOCO garantiza a un usuario que puede transportar cada año) y los "Compromisos Take or Pay" (es decir, el volumen mínimo que un usuario garantiza a FENOCO que transportará cada año) que corresponderían a cada usuario fueron definidos en cada uno de los Contratos de Usuario Take or Pay.

(...)



En

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

consecuencia, Glencore no tiene la capacidad de cambiar o alterar unilateralmente el Contrato de Usuario de Take or Pay de Drummond.

3.4 El veto de Glencore en relación con el presupuesto no tiene efecto práctico debido a los diversos mecanismos de protección que existen

[REDACTED]

[REDACTED]

(...)

3.5 La financiación no contemplada en el Plan de Negocio es poco probable en el futuro previsible

[REDACTED]

[REDACTED]

(...)

3.6 Los asuntos de la competencia de la Junta Directiva de FENOCO son limitados

La participación de Glencore en FENOCO le permite designar 2 miembros en la Junta Directiva (de un total de 5 miembros). El resto de los miembros son nombrados por Drummond (2 miembros) y los Accionistas minoritarios colectivamente (1 miembro), y las decisiones de la Junta requieren la aprobación de 4 miembros.

[REDACTED]

En consecuencia, el derecho de Glencore a nombrar 2 miembros de la Junta no le confiere ningún tipo de veto significativo en relación con las operaciones de FENOCO. Además, Drummond tiene derecho a nombrar el

mismo número de miembros y, por tanto, tiene los mismos derechos en la Junta que *Glencore*⁵⁹.

4. Los incentivos de Glencore para seguir participando en FENOCO con el fin de garantizar su buen funcionamiento

GLENCORE señaló que una de las preocupaciones planteadas en el Concepto de la **SIC** era que, como consecuencia de la renuncia a las Minas de **PRODECO**, **GLENCORE** ya no tendría incentivos para asegurar el buen funcionamiento y la operación del **Ferrocarril de FENOCO**, toda vez que no lo requiere para el transporte de su carbón desde las Minas de **PRODECO** hasta **Puerto Nuevo**.

En este punto recalcó que a pesar de la renuncia a las concesiones mineras de las Minas de **PRODECO**, los incentivos de **GLENCORE** para seguir participando en **FENOCO** para asegurar su correcto funcionamiento y operación siguen siendo fuertes y no se verían afectados. Al respecto, mencionó las siguientes razones:

(a) Las Minas de Prodeco se basaban en una cadena logística de suministro que comprendía la operación minera, la operación ferroviaria a través de FENOCO y la operación portuaria de exportación de carbón a través de Puerto Nuevo.

(b) A pesar del cierre de las Minas de Prodeco, Glencore ha mantenido su participación en FENOCO y en la infraestructura del Ferrocarril de FENOCO

(c) Puerto Nuevo es un puerto de servicio público que fue diseñado para ser el principal puerto de servicio público para la exportación de carbón en Colombia, para el uso de todos los productores de carbón del país. Para ello, la visión del Gobierno Nacional fue aprovechar el Ferrocarril de FENOCO para el acceso a Puerto Nuevo, que además conecta a los productores de carbón del centro del país a través de la línea La Dorada-Chiriguana.

Por lo tanto, es del interés comercial de Glencore que el Ferrocarril de FENOCO opere de manera eficiente y permanente; de lo contrario, la operación portuaria de Puerto Nuevo no podría llevarse a cabo, lo que pondría en riesgo las importantes inversiones de Glencore en el puerto.

⁵⁹ *Ibid.* Páginas 9 a la 14.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

[REDACTED]

Por las anteriores razones, es evidente que, a pesar del cese de sus operaciones mineras en las Minas de Prodeco, Glencore mantiene fuertes incentivos para seguir participando en FENOCO y asegurar que la operación del Ferrocarril de FENOCO continúe de la manera más eficiente posible. En consecuencia, el interés de Glencore en el buen funcionamiento y operación de FENOCO está alineado con el interés de Drummond, y no se opone, como pudo haber sido la impresión inicial de la SIC⁶⁰.

10.13. CONCLUSIONES

Evaluada la información relevante para la operación objeto de estudio, esta Superintendencia encontró lo siguiente:

- Con la operación proyectada **GLENCORE** será el titular del 100% de las acciones de las sociedades que conforman las empresas objetivo. Empresas de las cuales, actualmente, **GLENCORE** es titular del 33,33%.
- El 100% del carbón térmico que extrae la **EMPRESA OBJETIVO** se vende exclusivamente a clientes por fuera de Colombia. Así que la oferta colombiana de carbón térmico no se vería afectada con la operación de integración.
- Las obligaciones contractuales existentes impiden que **GLENCORE** (a través de **SPSA**) restrinja el acceso a terceros o impida la operación de otros concesionarios. Lo anterior, sumado a la naturaleza jurídica del puerto como un puerto público.
- **GLENCORE** tendría la posibilidad de ejercer control negativo sobre **FENOCO**, ejerciendo un poder de veto sobre las decisiones necesarias para el adecuado funcionamiento de la vía férrea que conecta el tramo entre Chiriguaná y Santa Marta.

Como ya se ha mencionado a lo largo de la presente resolución, resulta preocupante para esta Superintendencia el hecho de que **GLENCORE**, en su nueva posición como controlante de la **EMPRESA OBJETIVO**, y ante la eventual renuncia sobre los títulos mineros de los proyectos de La Jagua y Calenturitas, pierda los incentivos de mantener condiciones óptimas en la operación del corredor ferroviario de **FENOCO**, alterando así las condiciones de acceso de terceros productores de carbón a la infraestructura ferroviaria necesaria para su exportación. Lo anterior, gracias al control negativo que **GLENCORE** tiene sobre **FENOCO**. Preocupación que también fue mencionada por **DRUMMOND** (tercero) mediante comunicación del 3 de diciembre de 2021, con el radicado No. 21-326090-11.

GLENCORE en su comunicación del 10 de diciembre de 2021, radicado No. 21-326090-45, señaló que, si **FENOCO** incumple sus obligaciones, pueden imponerse multas, así como también puede terminarse el Contrato de **FENOCO** en caso de que los incumplimientos sean reiterados, deliberadas o graves, o si el incumplimiento provoca un daño grave a un usuario y/o un beneficio indebido a **FENOCO** o a cualquier accionista⁶¹. En este sentido, esta Superintendencia reconoce que, si bien **GLENCORE** puede ejercer un poder de veto sobre las decisiones necesarias para el adecuado funcionamiento de la vía férrea que conecta el tramo entre Chiriguaná y Santa Marta, gracias al control negativo que tiene sobre **FENOCO**, también existen una serie de protecciones

⁶⁰ Ibid. Páginas 14 a la 16.

⁶¹ Ibid. Página 8.

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

de servicio público, reglamentarias y contractuales en el marco del Contrato de **FENOCO** que dificultarían el posible actuar de **GLENCORE**, en caso tal que decida afectar el adecuado funcionamiento de la vía férrea de **FENOCO**.

Así mismo, esta Superintendencia reconoce que de acuerdo con las disposiciones del contrato de concesión de **FENOCO** y el contrato de concesión de **Puerto Nuevo**, cualquier acción u omisión por parte de **FENOCO** o **SPSA**, tendiente a impedir el acceso de terceros a dicha infraestructura ferroviaria y portuaria, implicaría un incumplimiento de dichos contratos, con las repercusiones de carácter pecuniario que ello traería como consecuencia. Adicionalmente, observa que los incentivos de **GLENCORE** para seguir participando en **FENOCO** posiblemente no se verían afectados con la operación de integración, en razón a su interés y compromiso de seguir cumpliendo con las obligaciones establecidas en el contrato de concesión de **Puerto Nuevo**. Tal y como se estableció en este contrato de concesión la única forma de acceder al puerto es a través del Ferrocarril de **FENOCO**. En este sentido, *“es de interés comercial de Glencore que el Ferrocarril de FENOCO opere de manera eficiente y permanente; de lo contrario, la operación portuaria de Puerto Nuevo no podría llevarse a cabo, lo que pondría en riesgo las importantes inversiones de Glencore en el puerto”*⁶².

No obstante las anteriores consideraciones, siguen llamando la atención a esta Superintendencia dos situaciones:

1. Comentario allegado por **DRUMMOND** en la comunicación del 3 de diciembre de 2021, con el radicado No. 21-326090-11, en la cual señala lo siguiente: *“[l]a relación que DRUMMOND ha tenido con GLENCORE no ha sido pacífica. De hecho, a lo largo del tiempo las compañías han tenido diferencias en cuanto a las obligaciones y los “take or pay” en virtud de los diferentes acuerdos para el uso de la vía férrea. Algunas de estas diferencias tuvieron que ser dirimidas por un tribunal internacional de arbitraje, que resultó extremadamente largo, complejo y oneroso”*⁶³.
2. Concepto técnico emitido por la **SUPERTRANSPORTE** el 9 de diciembre de 2021 con el radicado No. 21-326090-43, en el cual señaló que **FENOCO** fue sometida a control por dicha Superintendencia mediante la Resolución No. 6028 de noviembre de 2011, por encontrarse hallazgos críticos en temas financieros, jurídicos y contables. Sometimiento que fue levantado de forma condicionada mediante la Resolución No. 18437 de noviembre de 2014 y a la fecha aún se continúa con seguimientos trimestrales a la actividad de la sociedad, puntualmente, en los siguientes aspectos:

“1. Avances y resultados del Tribunal de Arbitramento de FENOCO y sus accionistas por concepto de cuentas por cobrar “Take or pay”.

2. Accidentalidad con terceros que invaden la zona de seguridad

3. Accidentalidad derivada de los procesos operativos de FENOCO

4. Información financiera y contable de FENOCO

5. Verificación de las solicitudes y trámite de acceso a terceros al uso de la línea férrea.

*Esta situación se mantendrá vigente hasta que se verifique el cumplimiento de la condición, evento en el cual quedaría levantada la medida de sometimiento a control sin mayores requisitos o, en caso de verificarse el incumplimiento de la condición, se continuará con el trámite del sometimiento en los precisos términos de los artículos 85 y siguientes de la Ley 222 de 1995”*⁶⁴. (Subrayado fuera del texto original)

⁶² Ibíd. Página 15.

⁶³ Documento “21326090—0001100004” de la Carpeta Pública del Expediente, consecutivo “11”, página 11 (Documento PDF).

⁶⁴ Documento “21326090—00043000” del Cuaderno Público del Expediente, consecutivo “43”. Página 12 (Documento PDF).

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

En este orden de ideas, las anteriores situaciones puestas de presente por un competidor (**DRUMMOND**) y por la **SUPERTRANSPORTE** evidencian que, a pesar de las protecciones de servicio público, reglamentarias y contractuales en el marco del Contrato de **FENOCO**, sí es posible que se presenten circunstancias que pueden llegar a afectar el adecuado funcionamiento de la línea de férrea de **FENOCO**. Escenarios donde claramente puede incidir el poder de veto de **GLENCORE**.

Por lo tanto, este Despacho considera necesario subordinar la no objeción de la operación de integración proyectada entre las **INTERVINIENTES** al cumplimiento de medidas que permitan mitigar las preocupaciones expuestas.

DÉCIMO PRIMERO: Que previendo las eventuales restricciones de la competencia que advirtió esta Entidad, las **INTERVINIENTES** presentaron en el escrito radicado el 14 de diciembre de 2021 con el No. 21-326090-47, los compromisos que a su juicio permitirán mitigar o evitar, las preocupaciones que surgen frente a los posibles efectos restrictivos que se generarían a raíz de la operación proyectada.

Los compromisos ofrecidos por **GLENCORE** son los siguientes:

"3.1 Compromiso de Glencore

En consideración al otorgamiento de la autorización por parte de la SIC a la Transacción Proyectada, Glencore se compromete con la SIC a ejercer sus derechos de voto, ya sea a favor o en contra de cualquier resolución que se proponga a la Asamblea (o de cualesquiera asuntos relevantes de la Junta), de manera que se haga efectiva la resolución adoptada por la mayoría de los demás Accionistas cuando se mida con respecto a la mayoría decisoria correspondiente (es decir, el 75% o el 90%) (lo que significa que Glencore no tendrá derecho a veto sobre estos asuntos), excepto en relación con:

(a) Derechos Retenidos Específicos; y

(b) Asuntos de Partes Relacionadas,

en cada caso como se define a continuación (conjuntamente, el "Compromiso de Glencore").

Como consecuencia del Compromiso de Glencore, no se le permitirá a Glencore vetar o bloquear los asuntos de FENOCO sobre los que la SIC y Drummond plantearon inquietudes (excepto en los eventos limitados descritos en las secciones 3.2 y 3.3 siguientes), incluyendo (pero sin limitarse a) no tener permitido vetar o bloquear los siguientes asuntos:

- en la medida en que esté bajo el control de FENOCO, cualquier cambio en el método de cálculo de la Tarifa que FENOCO cobrará a los usuarios del Ferrocarril de FENOCO, y cualquier modificación a los términos y condiciones del Compromiso Take or Pay de un usuario (incluyendo el Compromiso Take or Pay de Drummond pero, para evitar dudas, excluyendo el Compromiso Take or Pay de Glencore) (cláusula 3.3.13 del SHA y cláusula 45(m) de los Estatutos);*

- Cualquier decisión que requiera de una Contribución, siempre y cuando, en los términos de la cláusula 12.1 del SHA, FENOCO haya efectuado un esfuerzo razonable, con la cooperación de cualquiera de los accionistas, para lograr la financiación del proyecto, y (b) la financiación para tal proyecto no esté disponible para FENOCO de otra forma y en términos comercialmente razonables;*

- la aprobación del Plan de Negocios (cláusula 3.3.17 del SHA y cláusula 45(q) de los Estatutos);*

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

- *La aprobación del Presupuesto o de cualquier modificación del Presupuesto, si dicho Presupuesto o modificación del Presupuesto supera en más del diez por ciento (10%) el monto total del año respectivo contemplado en el Plan de Negocios (cláusula 3.3.18 del SHA y cláusula 45(r) de los Estatutos);*
- *La aprobación de cualquier financiamiento que exija garantías de los Accionistas por fuera de lo que se ha contemplado y aprobado en un Plan de Negocios. Si se rechaza dicho financiamiento, se reconoce que puede aplicarse la cláusula 12 del SHA) (cláusula 3.3.19 del SHA y cláusula 45(s) de los Estatutos); y*
- *La retención o nombramiento de cualquier antiguo empleado de un Accionista como miembro de la Alta Gerencia de la FENOCO. (cláusula 3.3.20 del SHA y cláusula 45(t) de los Estatutos).*

Por las razones que se exponen en la sección 6, el Compromiso de Glencore debería resolver completamente cualquier preocupación residual que la SIC tenga sobre FENOCO.

3.2 Derechos Retenidos Específicos

El Compromiso de Glencore que figura en esta sección 3 excluye los siguientes asuntos específicos relacionados con la protección de los derechos fundamentales de Glencore como Accionista minoritario de FENOCO, y Glencore se reserva su derecho a votar como considere pertinente sobre estos asuntos de FENOCO, los cuales se resumen a continuación:

(a) Cualquier emisión de nuevas Acciones, excepto cuando se ofrezcan a los Accionistas en proporción a sus participaciones existentes para financiar Contribuciones (cláusula 3.3.1 del SHA y cláusulas 29(v) y 45(a) de los Estatutos);

(b) La variación de los derechos inherentes a las Acciones existentes, o la redención u otras adquisiciones de las mismas, excepto en la medida en que sea aplicable a todas las Acciones en igualdad de condiciones (cláusulas 3.3.1 a 3.3.3 del SHA y cláusula 29(v)-(x) y cláusula 45(a)-(c) de los Estatutos);

(c) Cualquier adquisición de intereses, fusión, consolidación o absorción con, o constitución de, otra sociedad (cláusulas 3.3.4 y 3.3.5 del SHA, y cláusula 29(y)-(z) y cláusula 45(d)-(e) de los Estatutos);

(d) Cualquier propuesta de disolución o liquidación (cláusula 3.3.6 del SHA y cláusula 29(k), 29(aa) y cláusula 45(f) de los Estatutos);

(e) Cualquier cambio en la política de distribución (cláusula 3.3.8 y cláusula 11 del SHA y cláusula 29(ab) y cláusula 45(h) de los Estatutos);

(f) Cualquier cambio sustancial en la naturaleza de la actividad de FENOCO (cl. 2.1 y 3.3.9 del SHA y cláusula 29(ac) y cláusula 45(i) de los Estatutos), así como cualquier modificación de los Estatutos (cláusula 3.3.7 del SHA y cláusula 45(g) de los Estatutos);

(g) La disposición de la totalidad o de una parte sustancial del negocio o propiedad de FENOCO a un tercero (cláusula 3.3.10 del SHA y cláusula 29(l) y cláusula 45(j) de los Estatutos);

(h) La venta, el arrendamiento o disposición de cualquier activo que sea sustancial en el negocio de FENOCO y valorado en más de USD 5 millones (cláusula 2.1 y 3.3.11 del SHA y cláusula 29(ad) y cláusula 45(k) de los Estatutos), a menos que el activo ya no sea necesario para el negocio y la venta, el arrendamiento o la cesión se realicen en condiciones comerciales justas;

(i) Otorgamiento de cualquier garantía o garantías para asegurar cualquier obligación de un tercero distinta de aquellas otorgadas en el curso ordinario de los negocios (cláusula 3.3.12 del SHA y cláusula 29(ae) y cláusula 45(l) de los Estatutos);

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

(j) Cualquier cambio en el Compromiso Take or Pay de Glencore (cláusula 3.3.13 del SHA y cláusula 29(af) y cláusula 45(m) de los Estatutos);

(k) Cualquier decisión que pueda causar la terminación del Contrato de Concesión (cláusula 3.3.14 del SHA y cláusula 29(ag) y cláusula 45(n) de los Estatutos);

(l) Delegación de cualquier decisión de la Asamblea en la Junta Directiva de FENOCO (cláusula 29(at) y cláusula 45(aa) de los Estatutos);

(m) Terminación del SHA (cláusula 16.1 del SHA); y

(n) Modificación del SHA (cláusula. 21.6 del SHA).

(estos asuntos siendo los "**Derechos Retenidos Específicos**").

A modo de contexto, los Derechos Retenidos Específicos descritos anteriormente tienen por objeto proporcionar a Glencore protecciones en la votación que son fundamentales para proteger el interés económico de Glencore en FENOCO como Accionista minoritario. En este sentido, debe permitirse a Glencore ejercer sus derechos de voto como considere pertinente en relación con los asuntos de FENOCO que podrían poner en peligro sustancial el interés económico de Glencore en FENOCO (por ejemplo, las propuestas de emisión de nuevas Acciones o de modificación de los derechos inherentes a las Acciones existentes). Por lo tanto, está justificado que Glencore se reserve expresamente su derecho a ejercer sus derechos de voto como considere pertinente en relación con los asuntos limitados antes mencionados.

3.3 Asuntos de Partes Relacionadas

El Compromiso de Glencore que se ofrece en esta sección 3 excluye cualquier propuesta para que FENOCO realice una transacción con cualquier Accionista de FENOCO (o su Afiliada) que:

(a) no esté dentro del curso ordinario de los negocios de FENOCO; o

(b) no se realice en condiciones de mercado. A estos efectos, y a modo de ejemplo, una transacción entre FENOCO y uno de los accionistas que no se realice en "condiciones de mercado" o que implique algún tipo de descuento o subsidio por parte de FENOCO a dicho accionista, no se considerará en condiciones de mercado. Del mismo modo, una transacción que beneficie injustamente a un Accionista pero que no ofrezca los mismos beneficios a todos los Accionistas, o que sea perjudicial para algunos Accionistas, no estaría en condiciones de mercado para estos efectos,

(tales propuestas siendo "**Asuntos de Partes Relacionadas**").

A modo de contexto, los Asuntos de Partes Relacionadas descritas anteriormente tienen por objeto mitigar el riesgo de que un accionista de FENOCO que también sea usuario del Ferrocarril de FENOCO (por ejemplo, Drummond) proponga la toma de acciones que favorezcan indebidamente sus propios intereses. Glencore considera que este tipo de Asuntos de Partes Relacionadas se encuentran en una categoría de protección distinta. Por lo tanto, está justificado que Glencore se reserve expresamente su derecho a ejercer sus derechos de voto como desee cuando se den las limitadas circunstancias mencionadas anteriormente.

4 Compromisos accesorios en relación con el Compromiso de Glencore

4.1 Quórum de la Asamblea y de la Junta

Con el fin de satisfacer los requisitos de quórum para las reuniones de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva de FENOCO, Glencore se compromete a hacer todos los esfuerzos razonables para procurar que:

(a) su Representante de los Accionistas asista a las reuniones correspondientes de la Asamblea; y

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

(b) sus miembros de la Junta designados asistan a las reuniones pertinentes de la Junta.

4.2 Auditor Independiente

Para asegurar el cumplimiento del Compromiso de Glencore, en un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha en que la SIC autorice la Transacción Proyectada, Glencore deberá proponer tres (3) empresas auditoras con presencia en Colombia, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes la SIC seleccione la empresa auditora ("**Auditor**"). El Auditor será responsable de verificar, monitorear y certificar el cumplimiento de Glencore de los compromisos ofrecidos en el Compromiso de Glencore.

El Auditor deberá cumplir los siguientes requisitos:

(a) ser una persona jurídica respecto de quien Glencore, sus accionistas o subordinadas no tengan ningún Control, dependencia económica o cualquier posibilidad de influencia sobre sus directores, cargos estratégicos y encargados de la toma de decisiones.

(b) Contar con las cualificaciones necesarias para realizar sus funciones, con el especial cuidado de evitar situaciones que originen o puedan llegar a originar conflictos de intereses.

Glencore deberá:

(a) suministrar al Auditor copia de toda la información entregada a Glencore por FENOCO;

(b) cuando exista una Disputa, se asegurará de que el Auditor reciba una copia de cualesquiera materiales escritos relativos a la Disputa y de que asista a cualquier discusión, reunión o procedimiento relacionado con la Disputa; y

(c) garantizar que el Auditor elabore informes que den fe del cumplimiento del Compromiso de Glencore con carácter anual cada Ejercicio Financiero mientras esté vigente el Compromiso de Glencore.

Sin perjuicio de las facultades de la SIC para supervisar el cumplimiento del Compromiso de Glencore, el Auditor se encargará de verificar el cumplimiento de todos los compromisos impuestos por la SIC.

El Auditor presentará un informe al final de cada Ejercicio Financiero a la SIC, a partir de la fecha en que se emita la autorización de la Transacción Proyectada y durante el tiempo en que esté vigente el Compromiso de Glencore.

El informe del Auditor deberá contener la siguiente información

(a) el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Glencore derivadas del Compromiso de Glencore, con una explicación detallada de las medidas y actividades llevadas a cabo por Glencore; y

(b) cualquier otra solicitud de información realizada por la SIC en relación con el cumplimiento por parte de Glencore del Compromiso de Glencore.

5 Operación del Compromiso de Glencore

5.1 Duración

El Compromiso de Glencore:

(a) comenzará en la fecha de autorización por parte de la SIC de la Transacción Proyectada y, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal (b), expirará tras la presentación a la SIC del informe del Auditor correspondiente al Ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 2024; y

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

(b) podrá ser prorrogado por la SIC por un nuevo período de 12 meses. Cuando la SIC pretenda prorrogar la duración del Compromiso de Glencore, ésta dará a Glencore un plazo mínimo de 3 meses para presentar sus consideraciones frente a dicha pretensión de prórroga.

5.2 Terminación

Sin perjuicio de lo señalado en la sección 5.1, el Compromiso de Glencore podrá ser terminado por la SIC cuando

- a) La autorización de la SIC en relación con la Transacción Proyectada sea revocada;*
- (b) FENOCO sea insolvente o sea objeto de liquidación o disolución, por motivos distintos al incumplimiento del Compromiso de Glencore;*
- (c) El Contrato de Concesión se termine por cualquier razón distinta al incumplimiento del Compromiso de Glencore;*
- (d) Glencore disponga de, o de otro modo desinvierta sus intereses en el Objetivo;*
- (e) Glencore se desprenda de sus acciones en FENOCO; o*
- (f) Se produzca un cambio en la legislación que afecte sustancialmente el Compromiso de Glencore.*

5.3 Venta de Acciones

El Compromiso de Glencore es específico para Glencore y sus Afiliadas y no vincula a ningún cesionario al que Glencore venda sus Acciones, siempre y cuando Glencore cumpla con las restricciones a la transferencia de Acciones de FENOCO establecidas en el SHA y que tal transferencia sea realizada de buena fe y en condiciones de mercado (arm's length) a una parte que no sea relacionada de Glencore.

6 Idoneidad del Compromiso de Glencore para solucionar las preocupaciones de la SIC

Como se explicó en la sección 2, Glencore considera firmemente que la Transacción Proyectada no plantea ningún problema de competencia. Sin embargo, Glencore está dispuesta a ofrecer los compromisos descritos en la sección 3 en consideración de la autorización rápida de la SIC a la Transacción Proyectada.

Como se describe en la sección 3.1, el Compromiso de Glencore aborda plenamente las preocupaciones percibidas por la SIC, ya que elimina todos los derechos de veto que suscitaban preocupación en Drummond. Por ejemplo, Glencore no podrá vetar o bloquear (o determinar unilateralmente) (i) cualquier propuesta de Drummond para cambiar o modificar su Compromiso Take or Pay en relación con su uso del Ferrocarril de FENOCO; (ii) cualquier propuesta para aumentar las tarifas de acceso al Ferrocarril de FENOCO; o (iii) cualquier propuesta de presupuesto de FENOCO. Esto garantizará que Drummond seguirá teniendo suficiente acceso y capacidad para transportar sus volúmenes de producción de carbón a través del Ferrocarril de FENOCO.

Las excepciones limitadas descritas en la sección 3.2 (Derechos Retenidos Específicos) y 3.3 (Asuntos de Partes Relacionadas) que permitirían a Glencore ejercer sus derechos de veto en determinadas circunstancias limitadas, logran un equilibrio adecuado entre la respuesta a las preocupaciones percibidas por la SIC y la protección de la inversión minoritaria y el interés económico legítimo de Glencore en FENOCO. Glencore considera que esto refleja las protecciones habituales para los accionistas minoritarios que se encuentran comúnmente en los acuerdos de joint venture. Adicionalmente, estas excepciones limitadas no tienen ningún impacto en los mecanismos incorporados en los acuerdos y marco de gobierno de FENOCO que impiden, en la práctica, que cualquier Accionista de FENOCO adopte una conducta que pueda afectar el statu quo de FENOCO o su funcionamiento eficiente.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

7 Definiciones e interpretación

Intervinientes significa Glencore International AG, BHP Group Limited y Anglo American plc.

Control, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, significa la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

ANI significa la Agencia Nacional de Infraestructura (anteriormente INCO).

Asamblea significa la Asamblea de Accionistas de FENOCO, que es el órgano decisorio principal de FENOCO.

Junta significa la Junta Directiva de FENOCO.

Presupuesto significa el presupuesto que se elabora de conformidad con la cláusula 10 del SHA.

Plan de Negocios significa el plan de negocios elaborado de tiempo en tiempo de FENOCO.

Estatutos significa los Estatutos de FENOCO, según fueron aprobados por la Asamblea y adoptados por la Asamblea dentro de un plazo de 14 días contados a partir de la fecha de celebración del SHA y con las modificaciones que se introduzcan a los mismos de tiempo en tiempo.

Contrato de Concesión significa el contrato estatal de concesión para la rehabilitaciónreconstrucción, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte de la Red Férrea del Atlántico y para la prestación del servicio de transporte ferroviario celebrado el 9 de septiembre de 1999, entre Ferrovías y FENOCO, que posteriormente fue cedido por Ferrovías al INCO (ahora ANI), junto con sus modificaciones, incluyendo, sin limitación, el Otrosí al Contrato de Concesión.

Contribución significa sin duplicar, (i) el pago de Acciones por parte de un Accionista, (ii) un Préstamo Subordinado efectuado por un Accionista o su Afiliada a la Compañía, (iii) un préstamo efectuado por un tercero a la Compañía cuando tal préstamo es (1) garantizado por un Accionista o su Afiliada, o (2) facilitado mediante un depósito back-to-back hecho por un Accionista o su Afiliada, (iv) cualquier pago con ocasión de una indemnidad o garantía dada por un Accionista o su Afiliada a, o en beneficio de, la Compañía, y (v) cualquier otro método de contribución que las partes acuerden unánimemente de tiempo en tiempo, en la medida en que el contexto lo demande;

Disputa significa cualquier disputa, controversia o reclamación, de cualquier tipo o clase, ya sea basada en un contrato, agravio, estatuto, reglamentos, o de otra manera, que surja de, esté conectada con, o se relacione de cualquier manera con el SHA, la relación de los Accionistas, las obligaciones de los Accionistas, la implementación del Proyecto Inicial o las operaciones del Tramo Chiriguaná - Santa Marta llevadas a cabo bajo el SHA, incluyendo sin limitación, cualquier disputa en cuanto a la existencia, validez, interpretación, negociación, ejecución, no ejecución, incumplimiento, terminación, o aplicabilidad del SHA.

Drummond significa Drummond Coal Mining LLC y sus Afiliadas.

FENOCO significa Ferrocarriles del Norte de Colombia, S.A.

Ferrocarril de FENOCO significa el ferrocarril que va de Chiriguaná a Santa Marta en las regiones del Cesar y Magdalena en Colombia.

Ejercicio Financiero significa el período de 12 meses que comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre.

Auditor significa el auditor independiente nombrado por la SIC bajo la sección 4.2 para garantizar el cumplimiento de Glencore del Compromiso de Glencore.

Alta Gerencia significa, respecto de FENOCO, el Presidente, el Secretario y los Vicepresidentes, o quienes hagan sus veces, y cualquier otra persona que pueda ser designada como "Alta Gerencia" por la Asamblea de tiempo en tiempo.

SHA significa el Acuerdo de Accionistas de FENOCO celebrado el 27 de marzo de 2006, entre los Accionistas.

Accionistas significa CONSORCIO MINERO UNIDO S.A., CARBONES DE LOS ANDES S.A., COMPAÑIA CARBONES DEL CESAR S.A., CI CARBONES DEL CARIBE S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A., CI PRODECO S.A. y DRUMMOND COAL MINING LLC y "Accionista" significa cualquiera de ellos.

Acciones significa las acciones de FENOCO.

Tarifa significa la tarifa cobrada de tiempo en tiempo por FENOCO para el acceso al Ferrocarril de FENOCO según lo determinado por el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

Compromiso Take or Pay significa la obligación de cada uno de los Accionistas y demás usuarios de la Red Férrea del Atlántico que se conviertan en Usuarios Take or Pay, según la cual cada Accionista, y Usuario Take or Pay, individualmente considerados, se compromete a pagar a FENOCO por un número fijo de toneladas de carbón anuales, sin importar si tal volumen fue o no efectivamente transportado por el usuario, y FENOCO garantiza un volumen de capacidad de transporte disponible para tal usuario, de acuerdo con lo previsto en el Anexo 2 del Contrato de Asociación;

Los términos en mayúsculas que se utilizan en el Compromiso de Glencore tendrán el mismo significado que en el SHA de FENOCO, salvo que el contexto exija lo contrario".

DÉCIMO SEGUNDO: Que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1340, esta Superintendencia procederá a establecer los condicionamientos que, de conformidad con el análisis presentado, tienden a preservar la competencia efectiva de los mercados involucrados en la operación proyectada. Para tal propósito, serán tenidos en consideración los comportamientos ofrecidos por las **INTERVINIENTES**.

12.1. CONDICIONAMIENTO

El párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 indica que:

"Artículo 9. Control de Integraciones Empresariales. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

(...)

Parágrafo 2. Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración".

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

En línea con lo expresado por esta Superintendencia⁶⁵, así como por la literatura sobre la materia, se encuentra que los condicionamientos pueden clasificarse en dos grandes categorías: aquellos definidos como estructurales y aquellos señalados como de conducta o de comportamiento. Usualmente, los condicionamientos estructurales implican una redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de activos, tangibles o intangibles⁶⁶. En consecuencia, los condicionamientos estructurales apuntan a cambiar los incentivos de las firmas en el mercado y restaurar la competencia a través de un impacto en la estructura del mismo⁶⁷.

Por otro lado, los remedios comportamentales restringen los derechos de propiedad y libertad económica de las empresas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes que se integran. De este modo, mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas⁶⁸.

Considerando que, como consecuencia de la operación proyectada, es posible que se generen escenarios en los cuales las **INTERVINIENTES** tengan incentivos a favorecer sus operaciones frente a terceros, esta Superintendencia considera que los riesgos evidenciados no representan una amenaza tal que requiera una objeción o el señalamiento de una medida de naturaleza estructural. Sin embargo, se considera pertinente que para la autorización de la operación objeto de estudio, se deban incluir condicionamientos de tipo comportamental con el fin de evitar que se genere un ambiente propicio que pueda fomentar indebidas restricciones a la competencia.

En ese sentido, el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 establece:

“Artículo 11. Aprobación condicionada y objeción de integraciones. *El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. En el evento en que una operación de integración sea aprobada bajo condiciones la autoridad única de competencia deberá supervisar periódicamente el cumplimiento de las mismas. El incumplimiento de las condiciones a que se somete la operación dará lugar a las sanciones previstas en la presente ley, previa solicitud de los descargos correspondientes. La reincidencia en dicho comportamiento será causal para que el Superintendente ordene la reversión de la operación”.* (Subrayas aparte del texto original).

Por lo anterior y con el fin de mantener las condiciones de competencia existentes antes de la operación en los mercados relevantes definidos, este Despacho procede a establecer los siguientes condicionamientos, con el fin de mitigar el posible riesgo identificado con la operación proyectada.

12.1.1. Descripción del condicionamiento

La integración que se decide queda sujeta al cumplimiento del condicionamiento que a continuación se describe:

⁶⁵ Resolución SIC No. 525 del 10 de enero de 2014, por medio de la cual se condicionó la integración empresarial entre ARGOS e ISAGEN, p. 48.

⁶⁶ Massimo Motta, Competition Policy - Theory & Practice, Cambridge University Press, 2009, p. 265.

⁶⁷ Per Hellstrom, Frank Maler-Rigaud & Friedrich Wenzel Bulst, Remedies in European Antitrust Law. 76 Antitrust L.J. 43, Sección II.

⁶⁸ Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno. Santiago Montt Oyarzún.

12.1.1.1 Definiciones

Para efectos del presente condicionamiento, se deberán tener presentes las siguientes definiciones:

- **GLENCORE:** persona jurídica correspondiente a la razón social **GLENCORE INTERNATIONAL AG**, o cualquier persona que controle, sobre las cuales recaería el condicionamiento.
- **CONTROL:** en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 se entiende como la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
- **FENOCO:** persona jurídica correspondiente a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A.**
- **COMPROMISO TAKE OR PAY:** obligación de cada uno de los Accionistas y demás usuarios de la Red Férrea del Atlántico que se conviertan en Usuarios Take or Pay, según la cual cada Accionista, y Usuario Take or Pay, individualmente considerados, se compromete a pagar a **FENOCO** por un número fijo de toneladas de carbón anuales, sin importar si tal volumen fue o no efectivamente transportado por el usuario, y **FENOCO** garantiza un volumen de capacidad de transporte disponible para tal usuario.
- **ASAMBLEA:** Asamblea de Accionistas de **FENOCO**, que es el órgano decisorio principal de **FENOCO**.
- **SHA:** Acuerdo de Accionistas de **FENOCO**, celebrado el 27 de marzo de 2006 entre los Accionistas.
- **ESTATUTOS:** estatutos de **FENOCO**. Fueron aprobados por la **ASAMBLEA** y adoptados dentro de un plazo de 14 días contados a partir de la fecha de celebración del **SHA**. Incluye las modificaciones que se introduzcan a los mismos de tiempo en tiempo.
- **CONTRIBUCIÓN:** de conformidad con la cláusula 1 del **SHA**, significa, sin duplicación, (i) el pago de Acciones por parte de un Accionista, (ii) un préstamo subordinado efectuado por un Accionista o su Afiliada a la Compañía, (iii) un préstamo efectuado por un tercero a la Compañía cuando tal préstamo es garantizado por un Accionista o su Afiliada, o facilitado mediante un depósito *back-to-back* hecho por un Accionista o su Afiliada, (iv) cualquier pago con ocasión de una indemnidad o garantía dada por un Accionista o su Afiliada a, o en beneficio de, la Compañía, y (v) cualquier otro método de contribución que las partes acuerden unánimemente de tiempo en tiempo, en la medida en que el contexto lo demande.
- **PRESUPUESTO:** presupuesto que se elabora de conformidad con la cláusula 10 del **SHA**.
- **PLAN DE NEGOCIOS:** plan de negocios de **FENOCO** para periodos quinquenales.
- **ALTA GERENCIA:** respecto de **FENOCO**, el Presidente, el Secretario y los Vicepresidentes, o quienes hagan sus veces, y cualquier otra persona que pueda ser designada como "Alta Gerencia" por la Asamblea de tiempo en tiempo.
- **CLÁUSULA 12.1 DEL SHA:** hace referencia a que los accionistas de **FENOCO** convienen que **FENOCO** estará obligado a obtener el mayor endeudamiento posible, en términos

comercialmente razonables, para el Proyecto Inicial y cualquier otro Proyecto Comprometido, cuando dicha financiación sea necesaria.

- **CLÁUSULA 3.3.17 DEL SHA:** hace referencia a la aprobación del **PLAN DE NEGOCIOS** aplicable a intervalos quinquenales.
- **JUNTA:** Junta Directiva de **FENOCO**.
- **AUDITOR:** persona natural o jurídica, independiente de **GLENCORE** sus matrices y subordinadas, que supervisará el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente condicionamiento.

12.1.1.2. Obligaciones comportamentales tendientes a mitigar el riesgo de posibles restricciones

Por el tiempo de vigencia que se establezca en el presente acto administrativo y a partir de su ejecutoria, **GLENCORE** deberá:

a. En relación con los asuntos que se pasa a indicar, **GLENCORE** deberá ejercer sus derechos de voto frente a cualquier propuesta que se proponga en la **ASAMBLEA** y/o en la **JUNTA** en el sentido en que lo haga la mayoría de los demás Accionistas o miembros de **JUNTA**. El propósito de este condicionamiento es que **GLENCORE** se abstenga de ejercer el derecho de control negativo o poder de veto que le confieren tanto los **ESTATUTOS** como el **SHA** de **FENOCO**.

Los asuntos sobre los cuales operará este compromiso son los siguientes:

- En la medida en que esté bajo el control de **FENOCO**, cualquier cambio en el método de cálculo de la Tarifa que **FENOCO** cobrará a los usuarios del Ferrocarril de **FENOCO**, y cualquier modificación a los términos y condiciones del **COMPROMISO TAKE OR PAY** de un usuario.
- Cualquier decisión que requiera de una **CONTRIBUCIÓN**, siempre y cuando, en los términos de la **CLÁUSULA 12.1 DEL SHA**, **FENOCO** haya efectuado un esfuerzo razonable para lograr la financiación del proyecto, y que dicha financiación no esté disponible para **FENOCO** de otra forma y en términos comercialmente razonables.
- La aprobación del **PLAN DE NEGOCIOS** definido en la **CLÁUSULA 3.3.17 DEL SHA**.
- La aprobación del **PRESUPUESTO** o de cualquier modificación de este, si tal presupuesto o tal modificación supera en más del diez por ciento (10%) el monto total del año respectivo contemplado en el **PLAN DE NEGOCIOS**.
- La aprobación de cualquier financiamiento que exija garantías de los accionistas de **FENOCO** por fuera de lo que se ha contemplado y aprobado en un **PLAN DE NEGOCIOS**.
- La retención o nombramiento de cualquier antiguo empleado de un accionista de **FENOCO** como miembro de la **ALTA GERENCIA** de **FENOCO**.

b. Procurar que el representante de **GLENCORE** asista a las reuniones correspondientes de la **ASAMBLEA**.

c. Procurar que los miembros de la **JUNTA** designados por **GLENCORE** asistan a las reuniones pertinentes de la **JUNTA**.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

d. Establecer e implementar un Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia. Ese Programa deberá reunir las condiciones establecidas en la NTC 6378:2020 – “requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia”. En caso de que **GLENCORE** ya cuente con un Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia, deberá adoptar las medidas para que ese Programa reúna las condiciones establecidas en la norma técnica referida.

12.1.1.3. Reporte

Respecto de los condicionamientos establecidos en el numeral 12.1.1.2., se deberá:

a. Informar a esta Superintendencia cualquier modificación de la composición accionaria de **FENOCO**. En dado caso, remitir certificación suscrita por el representante legal de **GLENCORE** en la que conste la nueva composición accionaria de **FENOCO**.

b. Informar a esta Entidad cualquier modificación en la situación de control de **GLENCORE**, sus matrices o subordinadas.

c. Una vez se materialice la operación de integración, notificar a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de dicha materialización.

d. Dentro de los seis (6) meses a la ejecutoria de la presente resolución, **GLENCORE** deberá remitir a través de certificación suscrita por su representante legal, el Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia de las condiciones establecidas en el literal d. del numeral **12.1.1.2.** de este acto administrativo. En caso de que **GLENCORE** ya cuente con un Programa de Cumplimiento del régimen de protección de la competencia, en el término de seis (6) meses deberá remitir de la misma forma un informe de su implementación en el cual, además, se describan las acciones concretas, los procedimientos internos y los materiales utilizados para su implementación, mantenimiento y efectividad.

12.1.2. Vigencia del condicionamiento

Los condicionamientos indicados en el numeral **12.1.1.2.** estarán vigentes por un periodo de cinco (5) años, a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo. Lo anterior, sin perjuicio, de que esta vigencia pueda ser prorrogada por esta Entidad, de acuerdo con las condiciones de competencia de los mercados definidos en esta Resolución.

12.1.3. Publicidad del condicionamiento

Las **INTERVINIENTES** se obligan a publicar los condicionamientos dispuestos en esta Resolución en el inicio de su portal de internet o página *web*. Esta publicación deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta Resolución y deberá permanecer publicada durante quince (15) días calendario.

Dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento del anterior plazo, se deberá remitir a esta Superintendencia Delegatura de Protección para la Competencia – Grupo Integraciones Empresariales, el documento que acredite en debida forma la publicación antes mencionada y el tiempo de permanencia de la misma en el inicio de su portal de internet o página *web*.

12.1.4. Contribución por seguimiento del condicionamiento

GLENCORE deberá reportar a la Superintendencia de Industria y Comercio, los estados financieros aprobados para la vigencia fiscal del año inmediatamente anterior. Lo anterior, se deberá realizar a más tardar el 30 de junio de cada año, durante la vigencia del condicionamiento

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

y dentro del plazo en que sea exigible por esta Superintendencia el pago de la Contribución de Seguimiento según se establece en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009.

12.1.5. Auditoría

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, **GLENCORE** deberá contratar a un **AUDITOR** mediante mecanismos de selección que garanticen la pluralidad de oferentes y la aplicación de criterios de selección objetiva. El **AUDITOR** estará encargado de supervisar el cumplimiento de los condicionamientos establecidos mediante este acto administrativo y de certificar ese cumplimiento en las condiciones que se precisarán en el numeral siguiente.

Al día siguiente del vencimiento del término de quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, **GLENCORE** deberá informar a esta Superintendencia el **AUDITOR** que designe en cumplimiento de este condicionamiento. Para la ejecución de la auditoría **GLENCORE** deberá garantizar al **AUDITOR** el acceso a la información necesaria y todas las condiciones que se requieran para el adecuado desarrollo de sus funciones.

Sin perjuicio de las facultades de seguimiento de condicionamientos a cargo de esta Entidad, el **AUDITOR** se encargará de la verificación del cumplimiento de cada uno de los compromisos establecidos en el presente acto administrativo a cargo de **GLENCORE**.

12.1.5.1. Reportes del AUDITOR

El **AUDITOR** deberá allegar un (1) informe trimestral a esta Superintendencia, desde la ejecutoria de la presente resolución y durante la vigencia de los condicionamientos impuestos en el presente acto administrativo.

El reporte del **AUDITOR** deberá incluir la siguiente información:

- Cumplimiento de las obligaciones de **GLENCORE** derivadas de los condicionamientos descritos en el presente acto administrativo, con la explicación detallada de las medidas y actividades llevadas a cabo por cada uno de ellas para tal fin.
- Atender cualquier requerimiento que realice esta Superintendencia en relación con el cumplimiento de los condicionamientos de comportamiento impuestos en el presente acto administrativo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. AUTORIZAR la operación de integración empresarial entre **GLENCORE INTERNATIONAL AG**, **ANGLO AMERICAN PLC** y **BHP GROUP LIMITED**, sujeta al cumplimiento de los condicionamientos aquí establecidos.

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR la presente Resolución a **GLENCORE INTERNATIONAL AG**, a la dirección electrónica que aparezca informada, de acuerdo con lo dispuesto en el aparte considerativo de este acto administrativo, entregándoles copia de esta en su versión reservada e informándoles que contra el presente acto procede el recurso de reposición, el cual podrá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 21-326090

VERSIÓN PÚBLICA

ARTÍCULO 3. ATENDER lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 y demás normas concordantes, en relación con el pago de la “*contribución de seguimiento*” y la atención de los “*requerimientos de información*” que esta Superintendencia formule para la determinación del valor a pagar por cada anualidad. Tal obligación se predica para **GLENCORE INTERNATIONAL AG**.


ARTÍCULO 4. ORDENAR la publicación de esta Resolución en la página *Web* de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del párrafo primero del numeral 2.6 del Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ARTÍCULO 5. COMUNICAR el presente acto administrativo a la **SECRETARÍA GENERAL** de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, para lo de su competencia, en lo que a la contribución de seguimiento se refiere, según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **23 DIC 2021**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: D. Rodríguez.
Revisó: C. Liévano / JP. Herrera
Aprobó: JP. Herrera

NOTIFICAR:

GLENCORE INTERNATIONAL AG

Apoderado

Doctor:

JORGE JAECKEL KOVACS

C.C. 80.410.552 de Usaquén

T.P. 64.720 del C.S. de la J.

notificaciones@jaeckelmontoya.com

Bogotá D.C., Colombia

Evalúe el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

