



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2011

11-876680

27 DIC. 2011

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 8° del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4° del Decreto 1687 de 2010, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo dispuesto en el Ley 1340 de 2009, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "*[V]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieran implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas [...]*".

SEGUNDO: Que según lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4° del Decreto 1687 de 2010, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "*[T]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia.*"

TERCERO: Que mediante escrito radicado con el número 11-87688 del 13 de julio de 2011, el Grupo de Integraciones Empresariales dio traslado al Grupo de Protección de la Competencia, de la notificación de la operación de integración entre las sociedades AGUAS DE MALAMBO S.A. E.S.P. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.

Según las empresas intervinientes, la operación consistió en la adquisición por parte de EPM del control de AGUAS DE MALAMBO. El mercado en donde tendría efectos es el mercado de agua potable y la participación conjunta de estas empresas en el mercado no superaría el umbral del 20%.

Señalan así mismo, que el usuario de acueducto y alcantarillado, está ante un monopolio natural y no existe la posibilidad económicamente eficiente de obtener el mismo producto físico por parte de dos proveedores, ni genera abuso de posición dominante, toda vez que previo a la operación no podrán existir varios proveedores del producto con diferentes precios o condiciones. Sin embargo, realizaron una delimitación del mercado relevante de las empresas de acueducto y alcantarillado en el mercado nacional.

RESOLUCIÓN NÚMERO 76660 DE 2011 Hoja N°. 2

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

necesidad o no de abrir una investigación por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia².

QUINTO: Que en desarrollo de las facultades conferidas a esta Entidad por los numerales 38 y 39 del artículo 1° del Decreto 1687 de 2010,³ dentro de esta etapa se realizaron las siguientes actuaciones administrativas:

- 5.1 Los días 11 y 12 de agosto de 2011, se llevó a cabo en el municipio de Malambo una visita de inspección a las instalaciones de la empresa AGUAS DE MALAMBO S.A. E.S.P., con el fin de obtener información relacionada con el proceso de integración entre EPM y AGUAS DE MALAMBO
- 5.2 El 16 y 17 de agosto de 2011 en la ciudad de Medellín se realizó visita de inspección a las instalaciones de EPM., con el objeto de obtener información relacionada con la adquisición de control de AGUAS DE MALAMBO S.A. E.S.P.
- 5.3 El 10 de octubre de 2011 se hizo requerimiento a la Alcandía Municipal de Malambo para que enviara información relacionada con los operadores de Servicios del Norte S.A. E.S.P. y Aguas de Malambo.

SEXTO: Que una vez analizada la información obrante en el expediente, esta Delegatura no encuentra mérito para iniciar una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Lo anterior por las siguientes razones:

- 6.1. **Los supuestos de la obligación de informar una operación de integración empresarial.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009⁴, el deber de informar recae sobre las empresas que cumplan los supuestos i) subjetivo, ii) objetivo y iii) cronológico, a saber:

- i. El supuesto subjetivo implica que las empresas que se pretendan integrar estén dedicadas a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio determinado, o que se encuentren dentro

² Folio 34 del Cuaderno 1 del expediente.

³ Funciones del Superintendente de Industria y Comercio, numerales 38 y 39 del artículo 1° del Decreto 1687 de 2010:

"38. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan."

RESOLUCIÓN NÚMERO 76660 DE 2011 Hoja N°. 3

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Así, dentro de este supuesto se destacan dos preceptos: que exista una pluralidad de empresas a integrarse y que esas empresas desarrollen la misma actividad.

- ii. Ahora bien, el supuesto objetivo también implica dos verificaciones. En primer lugar, según lo establecido por la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, las empresas que individualmente o en conjunto, presentaran activos o ingresos operacionales superiores a ciento cincuenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (150.000 smmlv), están obligadas a informar previamente a esta Entidad las operaciones de integración jurídica económica que pretendieran adelantar.

En segundo lugar, el supuesto objetivo establece que las empresas que pretendieran fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, están en el deber de proporcionar información previa de la operación a esta Entidad, sin importar la forma ni la vía jurídica que adoptara dicha operación. Al respecto, vale la pena resaltar que desde el punto de vista de la competencia lo importante es el resultado y no el medio que se utilice para llegar a él, pues como la misma norma lo advierte, la operación se configura "*sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.*"

Ahora, de acuerdo con la resolución 73849 del 30 de diciembre de 2010, los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para efectos de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, serán de 150.000 smmlv:

"...Fijar, a partir del 1° de enero de 2011 y hasta el 31 de diciembre de 2011, en ciento cincuenta mil (150.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

Sobre el particular, mediante Resolución 29191 del 29 de noviembre de 2004, esta Superintendencia en un caso similar destacó el objetivo del denominado control previo:

"Ahora bien, dado que el control previo busca proteger al mercado de aquellas operaciones que tiendan a producir una indebida restricción a la competencia, el legislador decidió no restringir su aplicación a un tipo específico de operaciones, sino dejarlo abierto, para cualquier proceso que genere un efecto integrativo, manteniendo el instrumento de verificación acorde con su finalidad."

En consecuencia, las empresas que pretendan llevar a cabo un proceso de integración empresarial, en cualquiera de sus manifestaciones, y cuya situación se enmarque en los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley

Radicación N° 11-87668

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

- iii. Por su parte, el mencionado supuesto cronológico implica que las empresas que se pretendan integrar, y cuya situación se enmarque en los supuestos ya referidos, debían, previa la realización de la operación, contar con el pronunciamiento de esta Superintendencia. En tal sentido, el aviso no es posterior a la operación, sino que debe realizarse con antelación a la misma,⁶ pues de no ser así, se perdería el carácter preventivo de la norma.

De esta forma, se observa que la Ley 1340 de 2009 establece el deber legal de información, que constituye el punto de partida del control *ex ante*, por medio del cual la autoridad de competencia, previo al perfeccionamiento de una integración, analiza su probable impacto sobre las condiciones del mercado, a fin de evitar las restricciones indebidas de la competencia que pueda llegar a suscitar, en una labor eminentemente preventiva, acorde con los postulados de la Constitución Política.⁷

6.2. Mercado Relevante.

6.2.1. Concepto de Mercado Relevante.

La definición del mercado relevante permite determinar los bienes y servicios entre los que puede presentarse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian. Para realizarla, se analiza la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados y, se especifica los límites geográficos frente a los cuales se efectuará el análisis en materia de competencia.

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los bienes y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio, o el uso que se prevea hacer de ellos.

El mercado geográfico de referencia, comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los bienes y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia que prevalecen en ella son distintas de aquellas."

⁶ Artículo 6° del Decreto 1302 de 1964: "Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el parágrafo segundo del artículo 4 de la ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde ...". A su vez, el parágrafo 2 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 establece: "Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiera objetado por el Gobierno Nacional, se entenderá que la autorización está concedida".

RESOLUCIÓN NÚMERO* 6 - 76660 DE 2011 Hoja N° 5

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

6.2.2. Análisis del Mercado Relevante.

De acuerdo a la información contenida en el expediente,^B el bien y/o servicio donde existe traslape de actividades y el cual será objeto de análisis, corresponde al servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado.

La Ley 142 de 1994, régimen de servicios públicos domiciliarios, define cada uno de los anteriores servicios así:

14.22. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

14.23. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ALCANTARILLADO. Es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

Es posible afirmar, que tanto la materia prima de este servicio, el agua potable, como el sistema mediante el cual se entrega al usuario final, es decir, la red de tuberías de distribución, es difícilmente replicable y sustituible, por lo menos en un ambiente geográfico definido. La normatividad vigente así lo ha determinado, específicamente a través de los artículos 5 y 6 de la Ley 142 de 1994, donde establece que estos servicios deben ser suministrados particularmente por el municipio o por agentes económicos seleccionados por él, para prestarlos en su área de influencia, que para el caso particular corresponde al municipio de MALAMBO (Atlántico).

Como ya se dijo, las empresas que se integraron también lo considerado así al afirmar en su escrito de notificación que: "El usuario de acueducto y alcantarillado está ante un monopolio natural en su propio mercado y no existe la posibilidad económicamente eficiente de obtener el mismo producto físico por parte de dos proveedores"⁹ y que "El mercado de Aguas en Colombia es municipal"¹⁰

6.2.3. Conclusión del Mercado Relevante.

Así las cosas, la operación de integración empresarial entre las sociedades EPM y la AGUAS DE MALAMBO, estaría preliminarmente concentrada en el mercado relevante denominado servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado prestado en el municipio de Malambo, departamento del Atlántico.

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

6.3. Estructura del Mercado Relevante.

De acuerdo a lo anterior, cualquier empresa que preste el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en un municipio determinado ostentará el 100% de este mercado, es decir, que cada localidad es por sí sola un mercado.

6.4. El deber de informar.

Si las empresas que pretenden realizar la operación de integración pertenecen al mismo mercado, deberán analizar si se cumple alguno de los supuestos contemplados en la norma, referentes al monto de sus activos o sus ingresos operacionales considerados de manera individual o conjunta y al porcentaje de participación en el mercado, y si se cumplen los dos presupuestos, la operación deberá presentarse a esta Superintendencia con antelación a la realización de la operación de concentración económica, para efectos de su preevaluación respectiva.

Por otro lado, en los eventos en que los interesados cumplan con las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación, caso en el cual se deberá únicamente notificar a la Superintendencia.

Conforme a lo anterior y de acuerdo con la información recaudada, esta Delegatura encuentra que la operación adelantada por EPM y AGUAS DE MALAMBO, al parecer cumple con los supuestos establecidos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, razón por la cual se encontraban en la obligación de presentarla a esta Entidad, como en efecto lo realizaron a través de la figura de la notificación el 28 de junio de 2011.¹¹ El 29 de junio de 2011, se suscribe un *Acuerdo de Accionistas* entre las sociedades EPM y AGUAS DE MALAMBO donde EPM será el propietario del 84.99% y el municipio de Malambo se quedará con el 15%,¹² es decir, EPM y AGUAS DE MALAMBO cumplieron el deber de informar (notificar) previamente la operación.

Ahora, como se ilustró en el numeral 6.2.2, el mercado relevante posee una característica especial y es que es considerado un monopolio natural, razón por la cual no presenta condiciones para que haya alguna clase de competencia y donde el precio de los servicios (tarifas) están regulados por el Estado. Una empresa que esté interesada en ingresar a un mercado de estas características pasará de no tener participación alguna a ostentar el 100% del mismo, cambiando solamente el titular de aquella participación.

Adicionalmente, la sociedad AGUAS DE MALAMBO no presenta cifras financieras al 31 de diciembre de 2010, debido a que fue constituida el 20 de noviembre de 2010 y solamente hasta el 28 de enero de 2011 le fue adjudicada la operación del

RESOLUCIÓN NÚMERO 10 - 76660 DE 2011 Hoja N°. 7

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

servicio de acueducto y alcantarillado por parte del Municipio de Malambo.¹³ Este servicio fue prestado entre los años 2000 y 2010 por la UNIÓN TEMPORAL OPERADORES DE SERVICIOS DEL NORTE,¹⁴ es decir, la empresa adquirida (AGUAS DE MALAMBO) tampoco estaba participando en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado proporcionado en el Municipio de Malambo, Departamento del Atlántico.

Es importante anotar, que aunque se presentó una operación de adquisición de una compañía (Adquisición de Control por parte de EPM), la misma se llevó a cabo por una empresa que no tenía presencia en el mercado relevante de la primera, es decir, esta situación implica que no haya alteraciones en la estructura del mercado relevante (número de agentes participando), denotando así la inexistencia de algún tipo de concentración del mismo.

Así las cosas, una operación de integración empresarial, cualquiera sea su forma, entre dos o más empresas dedicadas a la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en cualquier municipio, particularmente entre EPM y AGUAS DE MALAMBO en el municipio de malambo, no producirá efecto alguno, por lo menos en cuanto a incremento o disminución de intensidad competitiva se refiere, lo que sugiere para este caso, que esta clase de operaciones no sean objeto de conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En mérito de lo anterior esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado con el número 11-87688 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMUNICAR para lo de su competencia la presente decisión al Grupo de Integraciones Empresariales de esta Entidad.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 27 DIC. 2011

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

RESOLUCIÓN NÚMERO 9 76660 DE 2011 Hoja N°. 8

Radicación N° 11-87688

Por la cual se ordena un archivo de una averiguación preliminar

COMUNICAR:

Doctora
MELBA CASTRO CORTÉS
Coordinadora Grupo Integraciones Empresariales
Superintendencia de Industria y Comercio
Ciudad