



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 27 1 5 DE 2012
25 OCT 2012

Radicación: 10-160167

Por la cual se ordena el cierre de una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009 y en los Decretos 2153 de 1992, 4886 de 2011¹ y el Decreto 019 de
2012 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 36393 del 30 de junio de 2011², el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A. E.S.P. – (en adelante "COLINVERSIONES"), hoy CELSIA S.A.³ a través de su filial COLENER S.A.S. (en adelante "COLENER") y la EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. (en adelante "EPSA") actuaron en contravención a los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si los señores JUAN GUILLERMO LONDOÑO POSADA, representante legal de COLINVERSIONES, y BERNARDO NARANJO OSSA, representante legal de EPSA, autorizaron o ejecutaron la conducta contraria a libre competencia imputada a las sociedades, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. De manera general, el acto de apertura señala lo siguiente:

El 7 de abril de 2010, las sociedades COLINVERSIONES a través de su filial COLENER y EPSA, por medio de apoderado especial, notificaron ante la Superintendencia de Industria y Comercio la operación, por la cual COLENER, filial 100% propiedad de COLINVERSIONES consolidaría su participación, tomando el control accionario de EPSA. La operación en cuestión se realizó el 5 de mayo de 2010. El 22 de junio de 2010, la Entidad acusó recibo de la solicitud citada anteriormente, pero se reservó la facultad de verificar los supuestos descritos en la petición. La transacción en mención, se puede visualizar en la siguiente ilustración:

¹ Mediante el cual se Deroga el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

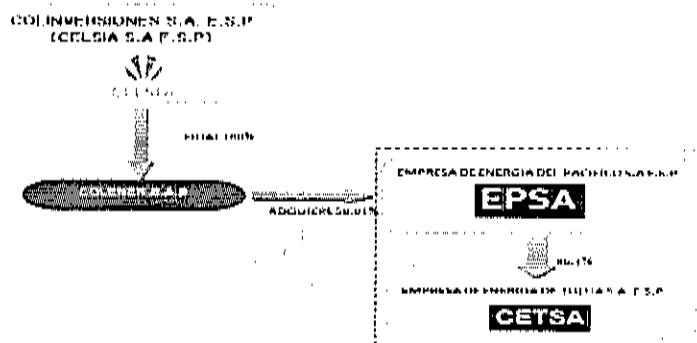
² Folios 445 a 468 del Cuaderno No. 3 del Expediente.

³ Que mediante Escritura Pública No. 1.126 del 17 de abril de 2012, de la Notaria 20 de Medellín, registrada en la Cámara de Comercio de Medellín en el libro 09 bajo el número 7123, la sociedad COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A. E.S.P., cambió su razón social para denominarse CELSIA S.A. E.S.P.

RESOLUCIÓN NÚMERO 6 27 15 DE 2012 Hoja N°. 2

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Ilustración 1



Fuente: Elaboración SIC

Como antecedentes a la operación notificada se encuentra que a finales de 2008, INVERARGOS era el socio mayoritario de COLINVERSIONES, concentrando el 24.86 % de las acciones. Durante el año 2009, INVERARGOS continuó consolidando su participación en esa sociedad, logrando el 43.85% de las acciones. En el año 2010, la precitada empresa obtiene el 50.05% del capital accionario de COLINVERSIONES.

Igualmente a finales de 2009, COLINVERSIONES por medio de su filial COLENER, junto con INVERARGOS y BANCO DE INVERSIONES BANCOLOMBIA, llevaron a cabo una Oferta Pública de Adquisiciones (en adelante "OPA") para adquirir como mínimo el 50.01% del capital con derecho a voto y como máximo el 66.1% del capital de EPESA con derecho a voto.

Como consecuencia de la OPA, COLINVERSIONES a través de COLENER obtiene el 47.3%, mientras que INVERARGOS logra el 14.55% de EPESA, es decir, que para diciembre de 2009, en opinión de la Delegatura al momento de abrir la investigación, las mencionadas empresas obtuvieron la mayor participación accionaria llegando al 61.83% de EPESA. Asimismo, se habría encontrado que como resultado de la mayor participación accionaria, la Junta Directiva de EPESA, elegida por la Asamblea General de Accionistas, estaba conformada por cuatro (4) miembros de COLINVERSIONES, uno (1) por EPESA, uno (1) de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA y un (1) miembro de EMCALI.

De acuerdo con la posición planteada en el acto de apertura, si bien las notificantes de la operación informaron que en ningún mercado en los que participan su cuota era mayor o igual al 20%, las sociedades en cuestión no tuvieron en cuenta la regulación existente respecto de las integraciones verticales en el sector de energía eléctrica. Dicha regulación impone límites a la concentración de la propiedad accionaria de las empresas que operan en los distintos eslabones de la cadena del sector de energía eléctrica⁴.

⁴ De acuerdo con la Resolución CREG 095 del 21 de noviembre 2007 "Por la cual se dictan disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria" en cuyo artículo 2 se establece: "Sin perjuicio de la prohibición contenida en el artículo primero de la presente resolución, los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa que desarrolle la actividad Transmisión Nacional siempre que los ingresos de la empresa transmisora por la actividad de transmisión no representen más del 2% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional". (Lo resaltado fuera de texto)

- - 6 2 7 1 5 -

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012 Hoja N°. 3

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante las Resoluciones No. 29128 del 7 de mayo de 2012⁵ y 35771 del 7 de junio de 2012, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁶, el Delegado ordenó practicar las pruebas solicitadas por los investigados y decretó las pruebas de oficio que consideró conducentes y pertinentes.

TERCERO: Que el 31 de agosto de 2012, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos⁷, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") presentó al Superintendente de Industria y Comercio el Informe de Investigación correspondiente debidamente motivado⁸ (en adelante el "Informe Motivado"). En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁹, se dio traslado del mencionado Informe a los investigados, cuyas principales consideraciones se resumen a continuación:

Se realiza inicialmente una descripción sobre el deber de información previa de integraciones y de la presunción de "control". Asimismo, en lo que concierne al primer aspecto, el mismo es fraccionado y se evalúan cada uno de los elementos del control *ex ante* de integraciones. Esto es el elemento subjetivo, objetivo y cronológico.

Frente al supuesto subjetivo, se concluye que las empresas involucradas coinciden en las actividades de generación de energía eléctrica y mercado secundario de venta de gas natural. En opinión de la Delegatura *"COLINVERSIONES indirectamente entraría a controlar dos empresas verticalmente integradas en el mismo sector donde opera."* En cuanto al supuesto objetivo, se encontró que las empresas excedían los umbrales previstos.

Luego de lo anterior, en el Informe Motivado se define el Mercado de la Energía Eléctrica y el secundario de Gas Natural, como los mercados involucrados en la operación y se realiza una evaluación sobre la participación de las empresas en cuestión en cada uno de ellos. Esto, teniendo como presupuesto el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, en donde se plasma la excepción al deber de informar cuando se cuente con una cuota de participación en el mercado menor al 20%.

En lo referido al Mercado de la Energía Eléctrica, se encontró que las intervinientes no excedían conjuntamente el mencionado porcentaje en ninguno de los mercados de dicho sector. Igualmente, en lo que tiene que ver con el Mercado Secundario de Gas Natural, se concluyó que a través de las termoeléctricas de propiedad de las intervinientes (EPSA; TERMOFLORES y MERIELÉCTRICA), las cuales venden sus excedentes a cualquier oferente, no se superaba conjuntamente el 20% de participación.

Ahora bien, al revisar el supuesto cronológico, se enfoca la Delegatura en la forma como fue realizada la transacción, toda vez que, en el acto de apertura de investigación se señaló que

⁵ Folios 1310 a 1317 del Cuaderno No. 7 del Expediente.

⁶ Modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

⁷ La audiencia de descargos, establecida en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se llevó a cabo el 15 de agosto de 2012, exponiéndose los argumentos que reposan en un CD en el Cuaderno Público No. 9, folio 1721.

⁸ Folios 1730 a 1755 del Cuaderno No.9 del Expediente.

⁹ Modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 6 2 7 1 5 - DE 2012 Hoja N°. 4

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

desde diciembre de 2009, COLENER, COLINVERSIONES ya disponía del 61.83% de las acciones de EPSA y por lo tanto tenía el control administrativo de esta empresa.

A pesar de la consideración realizada en la apertura, el Informe del Delegado efectúa una descripción de la OPA realizada, en donde identifica que la misma se presentó en dos momentos, a saber: (i) en diciembre 14 de 2009 se efectuó una primera OPA en donde COLENER obtuvo el 47.3% de EPSA y (ii) el 29 de marzo de 2010 se realizó un preacuerdo bursátil con INVERARGOS (otro de los accionistas de EPSA) para adquirir un 2.69% con el cual COLENER pasó a tener el 50.01% de EPSA.

Adicionalmente, la Delegatura en su informe señala que la operación en mención fue informada por una parte a la Superintendencia Financiera quien, previo algunos ajustes, la aprobó el 11 de noviembre de 2009 y, por la otra, a la CREG. Finalmente, el documento en cuestión concluye:

"Del material probatorio recaudado en el transcurso de la investigación, pudo establecerse que la operación objeto de investigación no se realizó con antelación a la presentación de la notificación ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es decir, los investigados no infringieron los presupuestos establecidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, para caso objeto de estudio, tal y como se ha expuesto a lo largo de este análisis, la vía que eligieron los investigados para dar cumplimiento al deber legal previsto en la Ley 1340 de 2009, fue la adecuada para este tipo de operaciones, lo cual no desdibuja la importancia que tiene la regulación en este tipo de negocios."

Finalmente afirma que: *"las sociedades COLINVERSIONES y EPSA debieron tener en cuenta la regulación respecto de las integraciones verticales en el sector de la energía eléctrica, que impone límites a la concentración de la propiedad accionaria de las empresas que operan en los distintos eslabones de la cadena del sector energético."*

CUARTO: Que estando dentro del término legal, las partes presentaron observaciones al Informe Motivado las cuales se resumen en los siguientes términos:

Luego de describir de manera general el objeto del trámite, el apoderado realiza una manifestación expresa sobre su desistimiento a la solicitud de nulidades procesales en el caso de la forma como a continuación se transcribe:

"En el escrito presentado el 16 de agosto de 2012 se solicitó que en la Resolución que resolviera este proceso, el señor Superintendente definiera sobre las causales de nulidad procesal previstas en los numerales 2 y 4 del C.P.C. y 29 de la Constitución Política.

Por medio del presente escrito manifiesto que desisto de la solicitud presentada sobre la declaratoria de dichas nulidades y de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 144 del C.P.C convalido las mismas y por lo tanto deben considerarse saneadas."

Posteriormente, se hace referencia a la ausencia de control ejercido por COLINVERSIONES sobre EPSA para el 14 de diciembre de 2009, tal como lo afirma el Informe Motivado. Sobre el punto, se menciona que la apertura consideró que el porcentaje del 47,3% que obtuvo COLENER en EPSA a partir de la OPA del 14 de diciembre de 2009, debería ser sumado al porcentaje con que contaba para la fecha INVERARGOS como accionista mayoritario de COLINVERSIONES. En opinión del apoderado, dicha mayoría en acciones no se

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

representaba en un control de INVERARGOS sobre COLINVERSIONES. Para sustentar esta afirmación, hace un recorrido sobre los supuestos de subordinación previstos en el artículo 261 del Código de Comercio¹⁰.

De acuerdo con la posición del abogado, INVERARGOS contaba para el 14 de diciembre de 2009 con el 43.87% de las acciones suscritas de COLINVERSIONES, lo cual constituye menos del 50% del capital suscrito de ésta última, no siendo dicho porcentaje accionario suficiente para permitir a INVERARGOS emitir votos que constituyeran la mayoría mínima decisoria en la Asamblea de Accionistas de COLINVERSIONES. En el mismo sentido, INVERARGOS tenía votos que le permitían nombrar 3 de los 7 miembros de la Junta Directiva de COLINVERSIONES y por último, nunca existió un control contractual.

Complementa el anterior argumento, señalando que para la fecha en mención tampoco existía una declaración de grupo empresarial que pudiera constatarse en los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio. Adicionalmente, afirma que como lo explicó la testigo CLAUDIA BARRERO, la Superintendencia Financiera previa a la solicitud de explicaciones respecto a las relaciones existentes entre INVERARGOS y COLINVERSIONES, consideró que no existía un mismo beneficiario real entre ellas.

De manera posterior a los argumentos arriba reseñados, concluye el apoderado que: "(...) en el expediente no existe prueba directa alguna que demuestre que INVERARGOS controlara o respaldara a CELSIA en las asambleas de EPSA y por el contrario existen pruebas que son concluyentes de que ello no fue así y por lo tanto, como lo señala el Informe Motivado es claro que para dicha fecha CELSIA no adquirió el control accionario de EPSA."

Otro de los puntos a que se acude en el escrito de opiniones al Informe de la Delegatura, es el del proceso de elección de miembros de Junta Directiva de EPSA, llevado a cabo el 23 de diciembre de 2009. Al respecto, manifiesta que la elección de 4 miembros de dicha junta fue unánime de los accionistas. Que se presentó una única lista por todos los accionistas presentes, la cual fue elegida con la totalidad de los votos como consta en el acta correspondiente y obrante en el expediente. Considera además el apoderado, que una vez una persona es elegida como miembro de Junta Directiva, se convierte en parte de un órgano social como persona natural y no actúa como representante o mandatario de ningún accionista en particular.

En cuanto al concepto de "control" propio del análisis de integraciones empresariales, de acuerdo con el escrito de observaciones, el mismo no se presentó en el caso bajo estudio ya que no existió la estabilidad requerida para su reconocimiento. De acuerdo con el argumento expuesto: "(...) es evidente que el 14 de diciembre de 2009 CELSIA no tenía,

¹⁰ De conformidad con el artículo 261 del Código de Comercio, se presume la existencia de subordinación en los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de omitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad."

- 6 27 1 5 -

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012 Hoja N°. 6

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

respecto de EPSA ninguna situación que de manera permanente y estable le permitiera tomar decisiones en los órganos sociales o elegir miembros de Junta Directiva y mucho menos determinar la política empresarial de EPSA."

Por último en lo que tiene que ver con la Junta Directiva, afirma que en cualquier caso ésta no es el órgano competente para determinar las políticas empresariales de dicha sociedad y durante el tiempo en que tuvo 4 miembros, empleados de COLINVERSIONES, no se tomaron decisiones que implicaran cambios de políticas empresariales.

Luego de las anteriores consideraciones, el apoderado de la investigada se ocupa en su escrito de las causales de pre-evaluación previstas en la Ley 1340 de 2009, con el fin de demostrar que dicho trámite no era requerido en el presente caso, por el hecho de que estuviera de por medio la Resolución No. 095 de 2007 expedida por la CREG. De acuerdo con su posición, las causales para que una operación sea pre-evaluada están previstas en el artículo 9 de la mencionada ley y en ellas no se incluye mención alguna a que una integración deba surtir este trámite cuando deba aplicarse una disposición regulatoria.

Contrario a la posición de acto de apertura, expone que en todo caso la operación estaba autorizada por la ley, toda vez que, conforme a la información prevista en el expediente, las intervinientes no alcanzaban individual o conjuntamente el umbral de 20% de participación al que hace alusión el ya citado artículo 9, por lo que el trámite a seguir era el de la notificación y la transacción debía entenderse como autorizada.

Otra de las líneas argumentales propuestas en el documento presentado, tiene que ver con el hecho de que para diciembre de 2009 no había concluido el periodo de transición de la Ley 1340 de 2009 y en concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no existía control previo de integraciones en ese sector.

Finalmente, el apoderado hace mención a que bajo el ejercicio del principio de confianza legítima, la investigada y su representante legal actuaron conforme a la ley y cumplieron con los trámites correspondientes para realizar la transacción ante la Superintendencia Financiera, la CREG y la Superintendencia de Industria y Comercio bajo el entendido, frente a ésta última, que debido a los porcentajes de participación dicha operación estaba autorizada.

QUINTO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

5.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹¹ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todas los sectores y todas las actividades económicas".

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012¹², en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

5.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 36393 del 30 de junio de 2011, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción de lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009. En virtud del primero de los artículos anotados, las empresas que proyectan llevar a cabo una operación de integración empresarial, deberán informar previamente a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando cumplan con los supuestos previstos en dicho artículo: (i) subjetivo, (ii) objetivo y, (iii) cronológico.

"Artículo 9. CONTROL DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES. El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedará así:

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 alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, se entenderá autorizada la

¹¹ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

¹² Ibid.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación [...]".

Por su parte, el artículo 10 de la mencionada Ley contiene el procedimiento aplicable para el análisis y aprobación de integraciones empresariales. En el presente caso, se endilgó a las investigadas la omisión del deber de información previa a pesar de cumplirse los presupuestos legales, partiendo de la base que la transacción realizada no era de aquellas incluidas en la excepción del 20% transcrita. Es decir, a pesar de haberse notificado la operación en los términos del párrafo del artículo 9, en opinión de la Delegatura en el acto de apertura, el trámite aplicable era el de pre-evaluación.

Son dos los aspectos que deben ser tratados para resolver el caso en cuestión. En primer lugar, considera este Despacho fundamental realizar una descripción completa de la transacción realizada, con el fin de determinar en qué momento se obtuvo el control de EPSA. Asimismo, debe establecerse si las empresas intervinientes se encontraban cobijadas por la excepción prevista en la Ley 1340 o si era necesario acudir a la pre-evaluación propia del control *ex ante* de integraciones.

5.3. DESCRIPCIÓN DE LA TRANSACCIÓN REALIZADA

Probablemente el principal de los problemas jurídicos a resolver en el presente caso, tiene que ver con el momento en que se concretó la integración notificada por las investigadas, entendido como aquel en que se presentó una transmisión de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992¹³. Es a partir de la definición de dicho momento que debe analizarse el cumplimiento del presupuesto cronológico, sobre el cual se profundizará más adelante.

A pesar que tanto el Informe Motivado, como el escrito de opiniones al mismo hacen referencia a los supuestos de control previstos en el Código de Comercio, es fundamental iniciar la evaluación del tema señalando que bajo la óptica del Derecho de la Competencia tales supuestos no son los únicos mecanismos a través de los cuales puede presentarse la *"posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa (...)"*¹⁴.

En otras palabras, si bien a través de los supuestos en mención es posible acceder al control empresarial de una empresa por parte de otra, no se trata de una enunciación excluyente de las posibilidades existentes en el mundo jurídico. Así, a través de un contrato como el de riesgo compartido o de la constitución de un consorcio, por ejemplo, podría estarse realizando una integración empresarial, dependiendo de las circunstancias específicas que rodean cada caso.

Sobre el punto, vale la pena citar el *Reglamento Comunitario de Concentraciones* expedido por la Unión Europea, el cual señala que: *"El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de*

¹³ El numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 define Control 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.

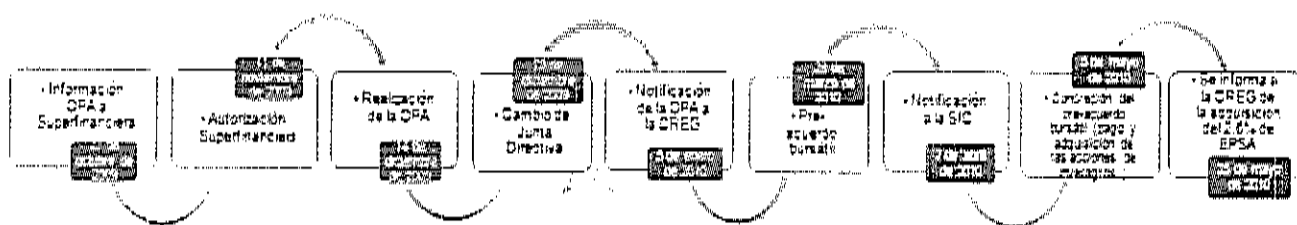
¹⁴ Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; (...)"¹⁵.

Habiendo realizado la anterior precisión, a continuación se describirán paso a paso las circunstancias de hecho y temporales que rodearon la transacción ejecutada entre las empresas investigadas, con el fin de establecer si de manera previa a la notificación radicada ante esta Entidad, el control sobre EPSA ya había sido transferido. La siguiente ilustración, muestra en una línea temporal los momentos relevantes de la integración realizada:

Ilustración 2
Cronología de la operación



Fuente Elaboración: SIC.

Como puede observarse, el primer eslabón de la operación, lo constituye la información de la OPA a la Superintendencia Financiera por parte de las empresas intervinientes, la cual se realizó el 27 de octubre de 2009 ante la Superintendente Delegada para Emisores Portafolio de Inversiones y otros Agentes¹⁶.

De acuerdo con la estructura planteada COLINVERSIONES por medio de COLENER, INVERARGOS y BANCA DE INVERSIONES BANCOCOLOMBIA, adquirirían conjuntamente como mínimo la cantidad de ciento setenta y tres millones seiscientos noventa y siete mil trescientas ochenta y un (173.697.381) acciones ordinarias de EPSA, sociedad ésta domiciliada en el municipio de Yumbo, Valle del Cauca, que representaron el cincuenta punto uno por ciento (50,1%) del capital con derecho a voto en circulación, y como máximo, doscientos veintinueve millones ciento sesenta y un mil setecientos veinte (229.161.720) acciones ordinarias, que representaron el sesenta y seis punto uno por ciento (66,1%) del capital con derecho a voto en circulación del Emisor¹⁷.

Dentro del trámite de autorización, una de las inquietudes de la mencionada entidad era precisamente poder determinar los beneficiarios reales de las empresas oferentes¹⁸. Específicamente, se planteó el siguiente cuestionamiento: "(...) *Sírvase enviar la desagregación de los beneficiarios reales de todos los oferentes incluyendo Colinversiones, en los términos del artículo 1.2.1.3 de la resolución 400 de 1995(...)*"¹⁹

¹⁵ Ver Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁶ Folios 653 al 821 del cuaderno 4 del expediente y folios 822 al 974 del cuaderno 5 del expediente.

¹⁷ Cuaderno OPA, folios 731 al 821 del cuaderno 4 del expediente.

¹⁸ Ver punto No. 2 del requerimiento de fecha 06 de noviembre de 2009, realizado por la Superintendencia Financiera y obrante entre folios 541 a 545 del Cuaderno 3 del expediente.

¹⁹ El mencionado artículo se refiere al concepto de beneficiario real en los siguientes términos: "Se entiende por beneficiario real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de

- 6 2 7 1 5 -

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012 Hoja N°. 10

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Como respuesta a lo anterior, el día 6 de noviembre de 2009²⁰, las oferentes a través de su apoderada manifestaron que no tenían conocimiento de que alguien fuera el beneficiario real de la mayoría de las acciones de COLINVERSIONES, INVERARGOS o de la BANCA DE INVERSIÓN BANCOLOMBIA S.A. CORPORACIÓN FINANCIERA. Además, expresamente señalaron:

"En relación con Colinversiones, Inversiones Argos S.A., que conforma un mismo beneficiario real con Cementos Argos S.A. por existir una relación de subordinación, tiene el 43.88% de su capital suscrito; los fondos de pensiones y cesantías en total tienen el 35,7% de las acciones de la compañía; y el resto de las acciones se encuentra en poder de accionistas con participaciones menores o no listados en bolsa.

No conocemos, en consecuencia, que exista ninguna persona que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, tenga capacidad decisoria ni poder de disposición respecto de la mayoría de las acciones de Colinversiones.

En igual sentido, no existe ninguna situación de control sobre Colinversiones, pues el poder de decisión de Colinversiones no se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas, ni se configura ninguna de las presunciones de subordinación previstas en el artículo 261 del Código de Comercio."

Posteriormente, mediante requerimiento del 10 de noviembre de 2009²¹, la Superintendencia Financiera consideró incompleta la información suministrada por las intervinientes, por lo que solicitó un complemento de la misma, de la siguiente forma:

"Es por lo anterior, que se debe completar la información suministrada a efectos de verificar, con los elementos indicados en el párrafo anterior, quiénes son los beneficiarios reales de las sociedades participantes en la OPA, así como, si entre ellas actualmente existe o no relación de beneficiario real o si existirá con posterioridad a la OPA en trámite."

A través de comunicación fechada el mismo 10 de noviembre, las intervinientes manifestaron:

"(...) Ahora bien, cualquier análisis relacionado con la existencia de una relación de beneficiario real frente a una sociedad debe referirse a la posibilidad de controlarla, pues el concepto de beneficiario real, tal y como se encuentra consagrado en el Artículo 1.2.1.3. de la Resolución 400 de 1995, se predica respecto de una acción de una sociedad, y no de la sociedad misma.

Por tales razones, en el escrito presentado ante esa Superintendencia el pasado seis (6) de noviembre, además de señalar que no se conoce ninguna persona que directa o indirectamente

una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivos o representantes o, de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción.

Para los efectos de la presente resolución, conforman un mismo beneficiario real los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes, circunstancia que podrá ser declarada mediante la gravedad de juramento ante la Superintendencia de Valores con fines exclusivamente probatorios.

Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas."

²⁰ Documento obrante entre folios 554 y 568 del Cuaderno 3 del expediente.

²¹ Documento obrante entre folios 537 y 540 del Cuaderno 3 del expediente.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

– se entiende, por virtud de un contrato, convenio o de cualquier otra manera – tenga la capacidad decisoria ni poder de disposición respecto de la mayoría de las acciones de ninguno de los oferentes (...)"

Además de lo anterior, específicamente se hizo la siguiente referencia frente a COLINVERSIONES:

"No tenemos conocimiento de que ninguna persona o grupo de personas, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o cualquier otra manera, tenga, o pueda llegar a tener, capacidad decisoria; esto es, la facultad de poder votar en la elección de directivas o representantes o, de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la mayoría de las acciones de Colinversiones."

Finalmente, el día 11 de noviembre de 2009, la Superintendencia Financiera autorizó la realización de la OPA. Luego de lo anterior, el día 14 de diciembre de 2009 se concretó la operación inicialmente planteada en la OPA, consolidándose las siguientes participaciones accionarias en EPSA:

Tabla 1
Composición accionaria al concretarse la OPA

ADQUIRIENTE	ACCIONES	PORCENTAJE
FIDECOMISIO P.A COLENER II	164.063.583	47.3213%
INVERSIONES ARGOS S.A	50.460.672	14.55451%
BANCA DE INVERSION BANCOLOMBIA S.A	6.794.485	1.95975%

Fuente: Folio 589 del cuaderno 3 del expediente.

Es en este momento, en donde debe analizarse la existencia o no de una operación de integración en los términos del control *ex ante* ejercido por la Superintendencia de Industria y Comercio. Es decir, el punto a resolver se enfoca en si con la OPA descrita hubo una transferencia del control de EPSA que implicara la necesidad de informar dicha operación ante la autoridad de competencia.

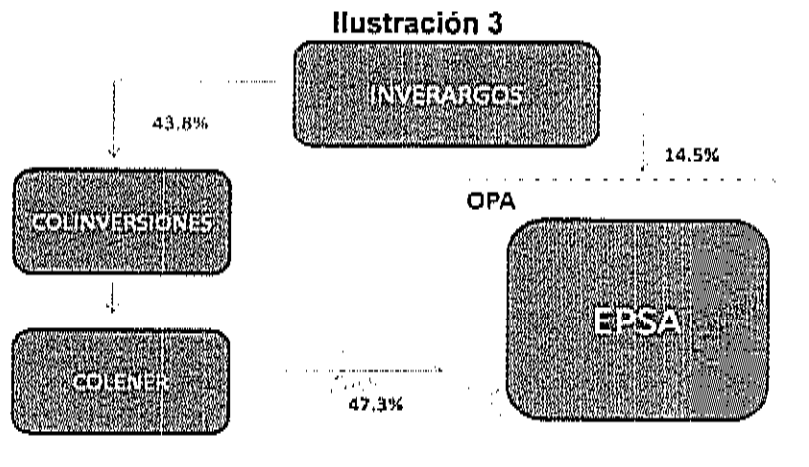
En un principio, la Delegatura consideró que efectivamente se había presentado una integración jurídico-económica en toda su extensión, basando su posición en el hecho de que INVERARGOS tenía acciones mayoritarias en COLINVERSIONES, lo que debía ser interpretado como una unidad de control que a través de la compra de acciones luego de la OPA, asumiría el control de EPSA. Esta posición se planteó en la apertura de investigación de la siguiente forma:

"(...) COLINVERSIONES contaba a través de COLENER con el 47.32% de las acciones de EPSA, a partir del 29 de diciembre de 2009 y; COLINVERSIONES estaba así mismo respaldado por el 14.55% de acciones que INVERARGOS poseía en EPSA, dado que, como se mostró en la Gráfica No 1. que para mayo de 2009 INVERARGOS era el socio mayoritario de COLINVERSIONES.

De lo anterior se podría afirmar que, para diciembre del año 2009, fecha en que aún no se había presentado ante esta Superintendencia la notificación de la integración entre EPSA y COLENER, COLINVERSIONES ya disponía del 61.83% de las acciones de EPSA y, por tanto, tenía el control administrativo de esta empresa."

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En otras palabras, de acuerdo con la posición del acto de apertura INVERARGOS y COLINVERSIONES ya estaban integradas a través de un control administrativo de la primera sobre la segunda, razón por la cual, al realizarse la OPA dicha entidad ya integrada obtuvo el control sobre EPSA. La siguiente gráfica muestra la situación planteada:



Fuente: Elaboración: SIC.

Es por lo anterior, que uno de los puntos discutidos a lo largo del presente trámite está directamente relacionado con el vínculo existente entre INVERARGOS y COLINVERSIONES, pues es a partir del mismo en que se puede determinar si hubo una infracción al régimen de protección de la competencia. El eje de la discusión lo constituye si entre dichas empresas se presentó una relación de control en los términos ya explicados en la presente resolución.

Al abrir la investigación, la Delegatura consideró que: *"Durante los años 2008 y 2009, INVERARGOS consolidó su participación en COLINVERSIONES. Por su parte, para diciembre de 2009 y sin aviso previo a esta Superintendencia, COLINVERSIONES logró el control administrativo de EPSA a través de la conformación de 4 de los 7 miembros de la junta directiva de esta empresa, lo que a nuestro entender implica la posibilidad de determinar la política empresarial y constituye en estricto sentido una operación de integración empresarial. (...)"*. Debe entonces hacerse referencia a las dos situaciones acusadas en su momento por la Delegatura, a partir de las cuales podría haberse configurado una infracción.

5.3.1. Relación existente entre INVERARGOS y COLINVERSIONES

De acuerdo con la posición planteada en el acto que dio inicio al trámite, la participación mayoritaria que tenía INVERARGOS en COLINVERSIONES al momento de realizar la OPA en el año 2009 (43.85%), era una situación a partir de la cual se podía deducir que INVERARGOS disponía para diciembre de dicho año con el 61.83% de las acciones de EPSA, luego de sumar la participación accionaria que tenía en EPSA directamente y a través de COLINVERSIONES. Bajo este escenario, se entendería que al compartir las empresas mencionadas una unidad de control, en dicho momento se habría concretado la integración empresarial.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

No obstante lo anterior, el ser accionista mayoritario de una empresa no puede entenderse por sí solo como un presupuesto de control. Si bien INVERARGOS contaba con una participación alta de las acciones de COLINVERSIONES, no fue demostrado dentro de la investigación que efectivamente hubiera un control sobre las actividades y direccionamiento de esta empresa. Se comparte entonces plenamente siguiente la afirmación contenida en el Informe Motivado:

"Posteriormente, a raíz de este proceso accionario, en el año 2009, como lo muestra la Tabla N° 6, COLENER adquiere el 47.232% de las acciones de EPSA, mientras que INVERSIONES ARGOS adquiere el 14.84% y BANCA DE INVERSIOENS BANCOLOMBIA el 1.99%; como se mencionó en la resolución de apertura de investigación N° 36396 de 2011, estos porcentajes se sumarían debido principiante a la relación entre INVERARGOS y COLINVERSIONES para la época de los hechos. Como ya se mencionó,²² el proceso adelantado ante la Superintendencia de Financiera exigía que se demostrara si existían beneficiarios reales²³ de la operaciones en proceso, por tal razón se comprobó que no existe relación y por ende estos porcentajes son individuales." (Subrayado fuera de texto)

Además de lo anterior, no es posible establecer de la información obtenida a lo largo del trámite, la existencia de alguno de los supuestos de control previstos en el artículo 261 del Código de Comercio, así como tampoco de otra herramienta jurídica diseñada para trasladar el control de COLINVERSIONES a INVERARGOS en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

De esta forma, considera este Despacho que para el momento en que se efectuó la OPA, no existía una relación de control entre las oferentes y por lo tanto, no puede hablarse de una concreción de una integración que debiera ser informada ante esta Superintendencia.

5.3.2 Cambio en la Junta Directiva de EPSA

Otro de los aspectos relevantes del presente caso, está constituido por el cambio en la Junta Directiva de EPSA efectuado el 23 de diciembre de 2009. En dicha fecha, se estableció que cuatro de los miembros serían funcionarios de COLINVERSIONES, situación que fue interpretada por la Delegatura en un principio como una cesión de control. Al respecto en el acto de apertura se dijo lo siguiente:

"(...) Por su parte, para diciembre de 2009 y sin aviso previo a esta Superintendencia, COLINVERSIONES logró el control administrativo de EPSA a través de la conformación de 4 de los 7 miembros de la junta directiva de esta empresa, lo que a nuestro entender implica la posibilidad de determinar la política empresarial y constituye en estricto sentido una operación de integración empresarial."

²² De la información del la OPA al mercado.

²³ *Beneficiario Real: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 142 de 1994, es la persona o grupo de personas naturales o jurídicas sin importar su naturaleza, que se benefician de acuerdos, transacciones u operaciones relacionadas con su participación directa o indirecta en las actividades de generación, transmisión, distribución o comercialización. (artículo 1° Resolución 042 de 1999).*

Ha dicho la Superintendencia Financiera que, la noción de beneficiario real está ostricta y exclusivamente relacionada con la capacidad decisoria con la que cuenta respecto a una o varias acciones. Se entiende por capacidad decisoria el que tenga facultad de poder para votar o dirigir, orientar y controlar dicho voto y facultad de poder enajenar y ordenar la enajenación y gravamen de la acción. (Concepto 2010-13416-001 del 8 de abril de 2010, emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia. Boletín Jurídico N° 25.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

No obstante lo anterior, luego de desarrollada la investigación la Delegatura pudo constatar que a pesar de la modificación en la estructura de la Junta Directiva, no existían elementos que pudieran demostrar que a través de dicha decisión se hubiera cedido el control de EPSA y por ende, concretado una integración empresarial. La posición asumida en el Informe Motivado es compartida por este Despacho pues como ya se ha señalado, el concepto de control no es absoluto ni excluyente.

Es decir, así como cualquier tipo de acto jurídico puede ser el mecanismo utilizado para ceder la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política comercial de una empresa, el solo hecho de contar con una mayoría en la Junta Directiva de la misma, no necesariamente puede entenderse como una prueba incontrovertible de la existencia de control. En el presente caso deben tenerse en cuenta diferentes razones por las que COLINVERSIONES no era el controlante de EPSA a pesar de que cuatro de sus empleados fueran miembros de su Junta.

En primer lugar, la elección de los miembros de la Junta Directiva de EPSA fue realizada de manera unánime por parte la Asamblea General. Con esta situación se puede deducir que no existió ejercicio de presión o manifestación de control por parte de COLINVERSIONES para el cambio de los miembros. Sobre este punto, vale la pena hacer mención al procedimiento previsto en la Ley 964 de 2005 para la elección de juntas directivas de los emisores de valores:

"ARTÍCULO 44. JUNTAS DIRECTIVAS DE LOS EMISORES DE VALORES. *Las juntas directivas de los emisores de valores se integrarán por un mínimo de cinco (5) y un máximo de diez (10) miembros principales, de los cuales cuando menos el veinticinco por ciento (25%) deberán ser independientes. En ningún caso los emisores de valores podrán tener suplentes numéricos. Los suplentes de los miembros principales independientes deberán tener igualmente la calidad de independientes. (...)*"

Adicionalmente, en su testimonio, el doctor JUAN PABLO BARRERA ULLOA, ex funcionario de COLINVERSIONES, describió dicho procedimiento en los siguientes términos:

"7:55 PREGUNTA *¿Por favor puede contarnos paso a paso la elección de un miembro de Junta Directiva de una empresa que está en Bolsa?*

Responde: Las compañías que tiene sus acciones inscritas en Bolsa que es lo que le ocurre tanto a COLINVERSIONES como a EPSA, tiene unas reglas especiales de nominación de juntas directivas que no son exactamente las mismas normas que están en el Código de Comercio, sino son normas especiales, unas reglas especiales que modifican parcialmente esas normas del Código de Comercio, que es fundamentalmente el artículo 44 de la Ley 964 del 2005, que básicamente lo que dice es que en los emisores de valores hay una obligación de que todos los emisores de valores deben tener por lo menos en sus Juntas Directivas una conformación de tal manera que el 25 % de la Junta Directiva sea independiente y la Ley 964 en ese mismo artículo define qué quiere decir independiente y básicamente lo que dice, es que una persona se dice que es independiente respecto del emisor sino tiene vínculos directos con ese emisor y no es un empleado del emisor o de los controlantes de ese emisor.

"El 25% de los miembros tiene que cumplir ese requisito, entonces la Ley 964 básicamente lo que dice es: para que eso sea así entonces en todos los emisores de valores cuando se hacen elecciones de Juntas Directivas, lo que se va hacer son dos elecciones separadas. Por un lado, se eligen las personas que no cumplen el requisito de ser independientes y por el otro lado, se

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

escogen las personas que cumplan el requisito de ser independientes. Y se presentaron dos listas con dos ponderaciones independientes."

En el caso bajo estudio, la Asamblea de forma unánime propuso y aprobó una sola plancha, lo cual denota que no hubo pugna frente a la elección realizada. Veamos:

Acta N° 044, Reunión Extraordinaria de Asamblea General de Accionistas de la Empresa de Energía del Pacífico S.A EPSA E.S.P , del día 23 de diciembre de 2009²⁴.

"(...) 2. Nombramiento Junta Directiva

"Los accionistas presentes propusieron por unanimidad reemplazar en la Junta Directiva de EPSA E.S.P a los miembros principales: Dr. Víctor Cruz de la Vega por el Dr. Juan Guillermo Posada; Dr. Salvador Peñarrubia por el Dr. Ricardo Toro Luduke; Dr. Bernardo Naranjo por el Dr. Rafael Pérez Cardona; Dr. Sergio Manuel Aranda Moreno por el Dr. Rafael José Olivella Vivas; Dr. Antonio Basolas Tena, por el Dr. Bernardo Naranjo Ossa, y a los siguientes miembros suplentes: Director Operativo de EPSA E.S.P., por el Dr. Esteban Piedrahita Montoya; Dr. Pedro Manuel Ruiz Lechuga por la Dra. Bibiana Sánchez Gómez; Dr. Juan Manuel Otoy Rojas por el Dr. Mauricio Yépez Isaza; Dra. María Eugenia Coronado Orjuela por el Dr. Adriano Amaya Suarez y al Dr. Ramón Manuel Linares Moreno, por el Dr. Germán García Valenzuela.

"La Asamblea por unanimidad igualmente decidió ratificar en sus cargos a los siguientes miembros principales: Director General de la CVC y representante Legal de EMCALI E.I.C.E E.S.P y a los siguientes miembros suplentes; Secretaria general de la CVC y Gerente Unidad Estratégica de Negocios de Energía de EMCALI E.I.C.E E.S.P. siendo estos miembros independientes.(...)"

Además de lo anterior, se considera procedente el argumento presentado por el apoderado de la investigada en lo que tiene que ver con que durante el periodo de tiempo comprendido entre el 23 de diciembre de 2009 y el momento en que se concretó el Preacuerdo Bursátil el 5 de mayo de 2010, no se encontró evidencia de que se hubieran implementado cambios en las políticas y directrices de la compañía a partir de los cuales se pudiera inferir un cambio en el control de la misma.

Ahora bien, surge la pregunta sobre el momento en que se concretó la operación a la luz del concepto de control ya abordado. Sobre el punto, considera importante este Despacho concentrarse en la celebración del Preacuerdo Bursátil y su posterior concreción. Dicho preacuerdo fue suscrito el 29 de marzo de 2010, y tuvo como objeto que COLENER filial de COLINVERSIONES, adquiriera de INVERARGOS, nueve millones trescientas veintiséis mil doscientas sesenta y siete (9.326.267) acciones ordinarias de la empresa de EPSA, las cuales representan el 2.69% de las acciones en circulación de la misma, con lo cual COLENER, pasaría a tener el 50.01% de EPSA²⁵.

Sin embargo, no puede determinarse la firma del mencionado documento como el momento en que se concretó la transmisión de control, ya que fue hasta el 5 de mayo de 2010 en que el mismo se hizo efectivo a través del pago y adquisición de las respectivas acciones. Así lo manifestaron las partes al comunicarle la operación a la CREG el 25 de mayo de 2010²⁶.

²⁴ Folio 346 a 347 del cuaderno 2 reservado.

²⁵ Folio 585 y 586 del cuaderno publico 3 del Expediente.

²⁶ Ibidem.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Por lo tanto, luego del análisis sobre la operación realizada y los diferentes eventos que componen su cronología, debe entenderse que la integración económica en cuestión se efectuó el 5 de mayo, momento en el cual se concretó el referido Preacuerdo Bursátil.

Así las cosas, a continuación se analizará en primer lugar si la mencionada operación cumplía con los presupuestos propios del control *ex ante* de integraciones, y en segunda medida, si debía ser informada para surtir el trámite de pre-evaluación o por el contrario, el trámite a seguir era el de la notificación por excepción del 20% en el mercado, siendo ésta última la alternativa escogida por las intervinientes.

5.4. PRESUPUESTOS DEL CONTROL *EX ANTE* DE INTEGRACIONES

5.4.1. Supuesto Subjetivo

El supuesto subjetivo hace referencia a que las empresas que se pretenden integrar se dediquen a la misma actividad económica, es decir que produzcan, distribuyan, comercialicen o presten el mismo tipo de bien o servicio, o se encuentren dentro de la misma cadena de valor de dicho bien o servicio. Tal como se manifestó en el Informe Motivado, las empresas investigadas participaban en la actividad de generación de energía eléctrica y en el mercado secundario de comercialización de gas natural. La siguiente tabla muestra los diferentes mercados que componen el sector y en cuáles estaban presentes las empresas involucradas en la operación realizada.

Tabla 2
Actividades de las empresas notificantes.

EMPRESA	ACTIVIDADES					
	GENERACIÓN	TRANSMISIÓN	DISTRIBUCIÓN	COMERCIALIZACIÓN	MERCADO SECUNDARIO GAS	HOLDING DE INVERSIONES
COLINVERSIONES	✓					
COIEMER					✓	
EPSA	✓	✓	✓	✓	✓	
ELTSA	✓		✓	✓	✓	✓

Fuente: Informe Motivado, p. 7.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para que se cumpla este supuesto, las intervinientes deben dedicarse a la misma actividad económica o participar en la misma cadena de valor. Por lo tanto, es claro en el presente caso que al ser la operación realizada de tipo horizontal en los mercados anotados, el supuesto se encontraba cumplido.

5.4.2. Supuesto Objetivo

Este supuesto se relaciona con el nivel de activos e ingresos operacionales que tienen, individualmente o en conjunto, todas las empresas intervinientes en la operación de integración. Tanto el valor de los activos como el de los ingresos operacionales que debe ser tenido en cuenta, corresponde al de los estados financieros del año inmediatamente anterior al que se espera realizar la operación. Si dicho valor es mayor que el monto, en salarios mínimos mensuales legales vigentes, que la Superintendencia establece anualmente, la operación debe ser informada a esta Entidad.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Para la época de los hechos se encontraba vigente la Resolución No. 69901 del 31 de diciembre de 2009, expedida por esta Entidad en virtud de la cual el umbral de activos o ingresos operacionales era de ciento cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (150.000 SMLMV), equivalentes en su momento a setenta y cuatro mil quinientos treinta y cinco millones de pesos (\$74.535 millones). Conforme a la información obrante en el expediente, las siguientes eran las cifras que mostraban las intervinientes a 31 de diciembre de 2009:

Tabla 3
Activos e Ingresos Operacionales de las intervinientes para diciembre de 2009

Empresa	Activos (millones)	Ingresos Operacionales (millones)
ColInversiones	3.274.232	1.584.750
EPSA	3.042.763	1.027.549
Total	6.316.995	2.612.549

Fuente: Informe Motivado, p. 7.

Conforme a la información anotada, para este Despacho las empresas COLINVERSIONES y EPSA, superaban en su momento los umbrales establecidos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para informar previamente una operación de integración jurídica - económica, cumpliéndose así el supuesto objetivo²⁷.

5.4.3. Supuesto Cronológico

Dado que ya se comprobó que las investigadas cumplían con los supuestos subjetivo y objetivo, corresponde ahora determinar si cumplieron con el supuesto cronológico. Este supuesto establece que las empresas que pretenden llevar a cabo la operación de integración, están en el deber de proporcionar a la Superintendencia, información previa a la realización de la operación para obtener el pronunciamiento de la Autoridad de Competencia, luego de realizado el análisis de los efectos que la operación tendría sobre la competencia.

Como se señaló anteriormente, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 determinó que una operación de integración se entenderá autorizada cuando las empresas que se pretendan integrar cumplan con los supuestos subjetivo y objetivo y en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante. Cuando estos supuestos se cumplan, las intervinientes únicamente deberán notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio la operación que pretenden llevar a cabo. En caso de superar el umbral del 20% de participación, la operación deberá ser sometida al trámite de pre-evaluación.

En cualquier caso, como se explicará más adelante, tanto la solicitud de pre-evaluación como la notificación en los términos de la excepción anotada, deben realizarse de manera previa a la concreción de la operación de integración.

Para establecer si la notificación de la operación era el trámite que debían llevar a cabo las investigadas y, de esta manera saber si se cumplió el supuesto cronológico, es fundamental definir el mercado relevante, el cual se compone tanto del mercado producto, que hace

²⁷ Ibidem.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

referencia a los bienes y/o servicios entre los que se presenta una competencia efectiva, así como del mercado geográfico en el cual se ofrecen dichos bienes y/o servicios. Una vez es determinado el mercado relevante, es posible calcular las cuotas de participación de las empresas intervinientes y saber si la operación debía seguir el trámite de notificación o el de pre-evaluación.

Comparte este Despacho en su integridad el análisis que sobre la descripción del mercado de energía eléctrica y especialmente de los mercados relevantes en el presente caso, realizó la Delegatura. Por lo tanto, a continuación se incluirán varios de los datos y conclusiones contenidas en el Informe Motivado al respecto.

5.4.3.1. Estructura del Mercado Nacional de Energía Eléctrica

La estructura del mercado de energía eléctrica en Colombia está definida por las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización.

La generación es la producción de energía eléctrica. Se efectúa con máquinas que aprovechan la fuerza del agua, el aire, la luz del sol o el poder energético de los combustibles. Las centrales hidráulicas y/o térmicas transforman las distintas fuerzas de la naturaleza en energía eléctrica. Según el marco regulatorio colombiano, la actividad de generación es la producción de energía eléctrica mediante una planta o unidad de generación conectada al Sistema Interconectado y cuya capacidad instalada sea igual o superior a 20MW²⁸.

Por su parte la transmisión corresponde al transporte de la energía eléctrica desde las centrales de generación hasta los grandes centros de consumo (entrada a las regiones o ciudades, o entrega a grandes industrias). La transmisión de energía en Colombia, se realiza a través del Sistema de Transmisión Nacional (en adelante STN), el cual comprende el conjunto de líneas y subestaciones con sus equipos asociados y los transformadores con sus módulos de conexión, que operan a tensiones superiores o iguales a 220 kv²⁹.

El siguiente eslabón de la cadena está constituido por la distribución en donde existen 44 agentes distribuidores responsables de la operación de la red en cuanto a la calidad del servicio de energía eléctrica y de la potencia suministrada al usuario final. Actualmente, todas las empresas distribuidoras son a la vez comercializadoras, pero no todas las empresas comercializadoras son distribuidoras. Los distribuidores de energía eléctrica deben permitir libre acceso indiscriminado a los STR y a los SDL³⁰, por parte de cualquier

²⁸ Ibidem 19

²⁹ Los transmisores de energía eléctrica deben permitir el acceso indiscriminado a las redes de su propiedad por parte de cualquier usuario, comercializador o generador que lo solicite, en las mismas condiciones de confiabilidad, calidad y continuidad, la UPME elaboró un procedimiento basado en la reglamentación establecida en la Resolución CREG 025 de 1995, Código de Conexión, para que se le presenten las solicitudes de conexiones al STN.

³⁰ La actividad de Distribución comprende el transporte de de energía a niveles de tensión inferiores a 220KV y en la Resolución de 097 de 2008 se clasifica en:

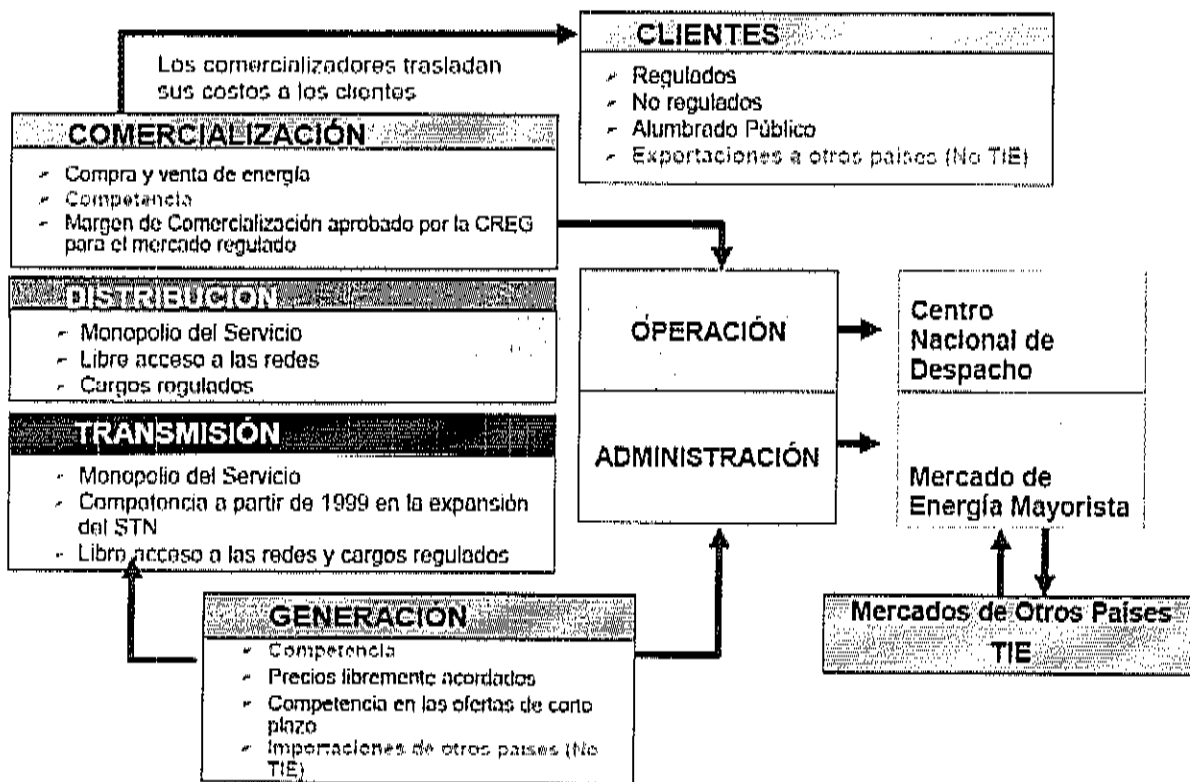
- Sistema de Transmisión Regional – STR: Sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por los activos de conexión al STN y el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan en el Nivel de Tensión 4 (tensiones superiores o iguales a 57.5 kV) y que están conectados eléctricamente entre sí a este Nivel de Tensión, o que han sido definidos como tales por la Comisión. Un STR puede pertenecer a uno o más Operadores de Red. En Colombia hay dos STR y los usuarios

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

usuario, comercializador o generador que lo solicite, en las mismas condiciones de confiabilidad, calidad y continuidad establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias.

Finalmente en la comercialización se encuentran aquellos agentes que compran y venden energía. Se trata de un servicio de intermediación, entre los usuarios finales de energía y los agentes que generan, transmiten y distribuyen electricidad. Legalmente el comercializador es el prestador del servicio. De acuerdo con los datos de la Delegatura, en 2010 un total de 11.248.459 clientes fueron atendidos por 44 empresas comercializadoras. La demanda está concentrada en el sector residencial con 10.217.664 clientes, los cuales representan el 91% del mercado y demandan el 42,8% de la energía vendida. La siguiente ilustración describe la relación entre los mercados antes nombrados.

Ilustración 4
Cadena del Sector de Energía Eléctrica en Colombia.



Fuente: Presentación, XM, El Mercado De Energía Mayorista Y Su Administración, 12 de febrero de 2008.

En el presente caso también se encuentra involucrado el mercado secundario de venta de gas natural. Los vendedores en este mercado son empresas que contratan el suministro de

conectados a un mismo STR pagan una estampilla única por kWh. Al igual que el STN, los STR se remuneran con una metodología de ingreso regulado.

- **Sistema de Distribución Local – SDL:** Sistemas de transporte de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a los niveles de tensión 3 ($57.5kV < kV \leq 30kV$), nivel 2 ($30kV < kV \leq 1kV$) y nivel 1 ($\leq 1kV$) dedicados a la prestación del servicio en uno o varios Mercados de Comercialización.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

gas natural con los productores comercializadores en el mercado primario y a los que se les permite comercializar el gas natural que no utilicen. Los compradores pueden estar representados por cualquier agente consumidor de gas natural³¹. Por lo tanto, para intervenir como oferente en el mercado secundario de gas natural, se requiere contar con derechos de suministro, aunque los vendedores de mercado primario tienen restringida su participación.

Tal como lo describe la Delegatura en su Informe, la mecánica de funcionamiento consiste en que el vendedor de gas natural generalmente se hace cargo del suministro y del transporte. Así, debe identificar el punto de entrega e intentar reservar capacidad de transporte excedente desde el punto de entrega del productor al punto de consumo del comprador aguas abajo. Debe también nominar esa capacidad al transportador de la zona y nominar al productor y al transportador la cantidad que necesita³².

Las transacciones son confidenciales y se conoce muy poco los volúmenes, aunque se saben los principales participantes. El precio del gas en el mercado complementario se determina por el libre juego de la oferta y la demanda, es decir, no existen restricciones regulatorias a su precio, aunque obviamente las reglas de libre y leal competencia aplican en este mercado. El precio del mercado secundario puede estar por encima del precio del mercado primario, siempre y cuando el consumidor no tenga acceso a los precios del mercado primario. Por ejemplo, si existe congestión en el mercado primario (es decir al precio regulado, la demanda es mayor que la oferta), un comprador de gas (p.ej. una térmica), pagaría el precio regulado y podría satisfacer esta demanda insatisfecha con su gas y cobrar un precio más alto³³.

En definitiva, el precio del mercado secundario será superior al del mercado primario, sólo cuando haya en el mercado primario exceso de demanda (demanda mayor que la oferta).

5.4.3.2. Participación de las Intervinientes en los mercados involucrados

Como ya se anotó, el traslape entre las actividades que desarrollaban COLINVERSIONES y EPSA se presentó en los mercados de generación de energía eléctrica y secundario de venta de gas. Es así como, uno de los puntos cruciales en la investigación llevada a cabo lo constituye la definición de los porcentajes de participación de las empresas intervinientes en la operación realizada dentro de dichos mercados. Esto, con el fin de determinar la vía jurídica que se debía seguir en su momento, teniendo en cuenta la existencia de la ya mencionada excepción del 20% prevista en la norma. A continuación, se citará el análisis que sobre el punto realizó la Delegatura en su Informe:

a) Mercado de Generación de Energía Eléctrica

De acuerdo con la información obtenida dentro de la investigación, las empresas involucradas en la transacción no excedían el 20% de participación en este mercado, el cual se mide por la capacidad instalada de los diferentes agentes. En la siguiente gráfica, se observa la participación de las diferentes empresas generadoras para el año 2009.

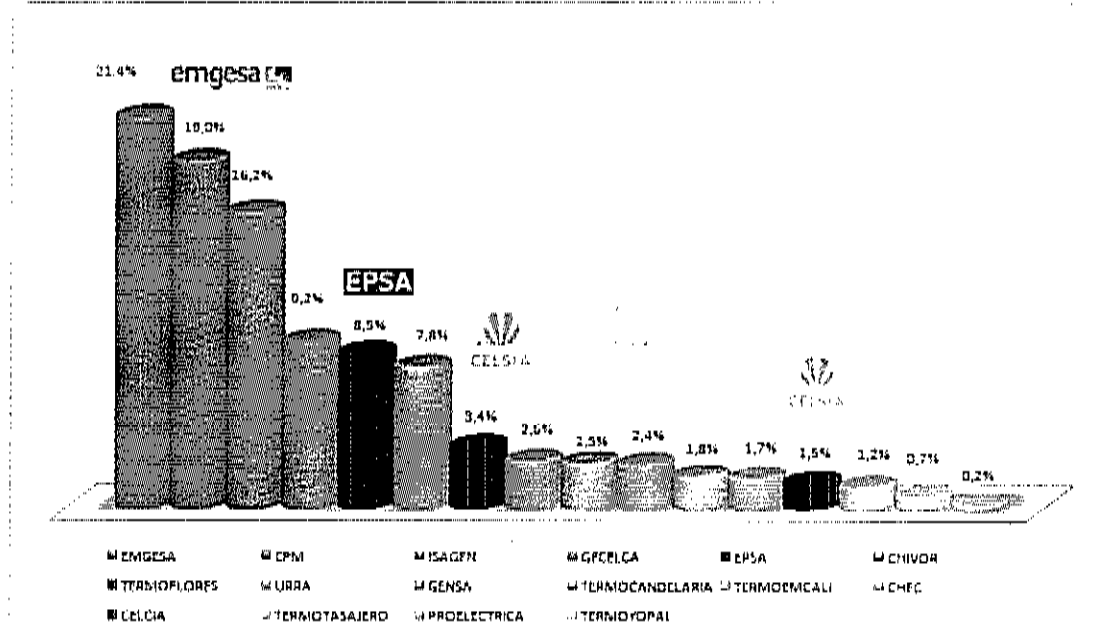
³¹ Fuente: Frontier Economic, Diagnóstico Fallas del Mercado de Gas Natural de Colombia, Primera entrega del proyecto Visión a largo plazo del mercado de gas natural en Colombia. Febrero de 2010.

³² Ibidem 22.

³³ Ibidem 22.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Gráfica 1
Generación de Energía Eléctrica de las empresas involucradas para el año 2009



Fuente: Informe Motivado, p. 13.

Como puede observarse, en el mercado de generación de energía se encuentran 16 empresas que concentran más del 90% de la generación nacional, de las cuales se destaca ENGESA que posee el 21% del mercado. Al sumarse las participaciones de COLINVERSIONES y EPISA, se tiene un 13.4% del mercado de generación, con lo cual no se supera el umbral previsto en la Ley 1340 de 2009. Igualmente al discriminar los diferentes sub-mercados que componen la generación de energía eléctrica, tampoco se encontró una participación conjunta superior a dicho umbral³⁴. Veamos:

Tabla 4
Participaciones de las empresas notificantes en los sub-mercados que componen la generación de energía eléctrica

Mercado en el que participa en(Mwh) ³⁵	% Participación Nacional				Total Empresas Intervinientes	
					2009	2010
	2009	2010	2009	2010		
Generación hidráulica frente al SIN	7.7	8.8	0.3	0.0	8.0	8.8
Generación térmica frente al SIN	3.3	3.8	9.4	11	12.7	14.8

³⁴ Esta información se encuentra disponible en el sistema NEON y en la información de parámetros técnicos consignados y administrados por XM Compañía de Expertos en Mercado S.A. E.S.P.

³⁵ El **megavatio-hora (MWh)** es una unidad de medida de energía eléctrica, equivalente a un millón de vatio-hora. Es la energía necesaria para suministrar una potencia constante de un megavatio durante una hora. El MWh se utiliza para medir el consumo de grandes industrias o conglomerados urbanos y para dar a conocer el índice de producción de una central eléctrica, aunque para estos casos también se utiliza el megavatio-año, unidad con que se mide la energía suministrada por una central eléctrica durante un año. Un múltiplo del MWh es el gigavatio-hora (GWh) que equivale a mil MWh.

- 6 2 7 1 5 -
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012 Hoja N°. 22

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Generación térmica e Hidráulica frente al SIN	6.4	7.3	2.6	3.3	9	10.6
Capacidad instalada de sus plantas frente al SIN	8.6	8.1	4.9	5.9	13.5	14
ENFICC ³⁶	5.2	5.1	7.7	7.5	12.9	12.6
Ventas de energía eléctrica en bolsa frente al SIN	7.9	10.9	5.1	6.8	13	17.7
Ventas contratos bilaterales frente al SIN	3.8	3.7	0.6	0.5	4.4	4.2

Elaboración SIC. Fuente: Folios 361 a 375 del cuaderno reservado N° 2 del expediente.

b) Mercado Secundario de Venta de Gas

Por su parte, en lo que tiene que ver con el mercado secundario de venta de gas natural, debe recordarse que las investigadas contaban conjuntamente con tres termoeléctricas, las cuales venden sus excedentes a cualquier oferente.

Para calcular la participación de las investigadas en este mercado, se tuvo en cuenta la demanda total de gas natural en el año 2009, la cual fue de 307.691GBTU³⁷, y las ventas que realizaron EPSA, TERMOFLORES y MERIELECTRICA en el mismo. Así, las cifras obtenidas se pueden observar en la siguiente tabla.

Tabla 5
Participación Venta de gas Natural

Agente	Comercialización gas natural (GBTU)	Participación
EPSA S.A. E.S.P	1.327	0.4%
TERMOFLORES S.A E.S.P	2.080	0.7%
MERIELECTRICA S.A & CIA S.C.A. E.S.P	10.447	3.4%
TOTAL INVESTIGADAS	13.854	4.5%
DEMANDA NACIONAL DE GAS	307.691	

Fuente: folio 71 del cuaderno 1 del expediente.

Como se muestra en la tabla, al igual que en el mercado de generación, de acuerdo con la información recaudada por la Delegatura durante la investigación, las intervinientes no excedían conjuntamente el límite del 20% en el mercado secundario de venta de gas.

5.5. LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA INVESTIGADA

El deber de información al que se encuentran sujetas las empresas que proyecten concentrarse, constituye un punto de partida del control previo que por disposición legal debe ejercer esta Superintendencia. En este contexto, la obligación de informar constituye

³⁶ ENFICC: Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad: Es la máxima energía eléctrica que es capaz de entregar una planta de generación continuamente, en condiciones de baja hidrología, en un periodo de un año. CREG 71/2006. Datos anuales, pero cargados en kWh/día. NEON, XM.

³⁷ GBTU Giga British Thermal Units por día, sigla en inglés, es la cantidad de energía de calor necesaria para elevar la temperatura de una libra de agua por grado F. Esta es la medida utilizada para indicar la cantidad de energía que tiene un combustible así como la cantidad de salida de cualquier dispositivo de generación de calor.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 27 15 - DE 2012 Hoja N°. 23

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

un mandato legal para los particulares, quienes deben solicitar a la Superintendencia el inicio de un procedimiento administrativo que culmina con el pronunciamiento de la autoridad y para el cual, se requiere la entrega completa de la información necesaria para el respectivo análisis por parte de la Entidad.

El control de las integraciones, *ex ante*, tiene como uno de sus objetivos, la preservación de la competencia efectiva en los mercados y con ello sus ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, mayores cantidades producidas o más variedad y calidad de productos, al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. En Colombia, esta función no es de carácter discrecional para la Superintendencia de Industria y Comercio. Es una labor ejercitada en su condición de Autoridad Única de Competencia y ordenada por la legislación vigente en los términos previstos en la Ley 1340 de 2009.

Al analizarse la naturaleza del control de integraciones como forma de protección de la libre competencia, se observa que está constituida por una actuación de carácter *ex ante*, descrita por la Corte Constitucional en Sentencia 228 del 24 de marzo de 2010 de la siguiente manera:

"(...)

Estas razones también sirven de base para considerarse que no se está ante una presunción de abuso contraria al principio de buena fe. En efecto, lo que motiva a la intervención estatal representada en el control de integraciones empresariales es la necesidad de evitar que determinados modos de integración empresarial tengan (sic) un grado de incidencia del mercado que imposibilite la competencia efectiva entre oferentes y la garantía de los derechos de los consumidores. De ningún modo puede considerarse que un control de esta naturaleza presuponga la mala fe de las empresas concernidas en la operación de integración, pues el análisis que efectúa la autoridad administrativa se basa en criterios objetivos y cuantificables, que prescinden de una evaluación acerca del futuro comportamiento de las empresas que optan por integrarse."³⁸

Ahora bien, a partir de la expedición de la Ley 1340 de 2009 se creó una excepción a la obligación antes anotada, la cual tiene como objetivo excluir del control *ex ante* de integraciones, aquellas operaciones que por la dimensión de las participaciones de sus intervinientes no son significativas. Para tal efecto, se consideró como límite ideal el del 20% del mercado. La norma señala:

"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.*

³⁸ Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 6 2 7 1 5 - DE 2012 Hoja N°. 24

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% 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. (...) (Subrayado fuera de texto)

Es de esta forma como se generan dos posibles trámites a seguir al momento de realizar una integración empresarial y son los intervinientes, quienes deben escoger cuál es el camino adecuado, dependiendo de la participación con que cuenten en los mercados relevantes involucrados. Asimismo, los procedimientos previstos para cada una de las vías anotadas son diferentes. Por una parte, cuando se trata de una pre-evaluación, se tiene que el artículo 10 de la ya mencionada Ley 1340 de 2009³⁹ contiene de manera general las fases del trámite en donde se solicita información específica de los mercados y de las empresas. Adicionalmente, a través de la Resolución 35006 de 2010⁴⁰, se impartieron instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial y se adoptaron unas guías.

En la Resolución citada, además de incluirse la información que debe aportarse tanto en el trámite de pre-evaluación como en el de notificación, frente a este último señala expresamente lo siguiente:

"Estarán obligados a notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera previa, las intervinientes que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor y pretendan realizar operaciones empresariales de fusión, consolidación, adquisición de control o cualquiera sea su forma jurídica, siempre y cuando cumplan cualquiera de los supuestos del factor objetivo, previstos en el numeral 2.1.2, pero que en conjunto cuenten con menos del veinte por ciento (20%) del mercado relevante." (Subrayado fuera de texto)

Es de esta forma como se reconoce expresamente que el trámite de notificación al igual que el de pre-evaluación debe realizarse de manera *ex ante* a la concreción de la operación. Sin embargo, la posición sobre el tema por parte de la Superintendencia se generó en el momento mismo de la expedición de la ley. En efecto, el artículo 9 de la ley, el cual constituye el núcleo del control previo, debe interpretarse de manera integral por lo que su primer párrafo no puede escindirse del resto de su contenido. El párrafo en cuestión establece:

"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 (...)" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que tanto el trámite de pre-evaluación, como el de notificación deben iniciarse de manera previa a la concreción de la integración. Esta posición también fue plasmada en el Concepto emitido por esta Entidad radicado bajo el número 10-30888-2-0 del 21 de mayo de 2010, en los siguientes términos:

³⁹ Modificado por el Decreto 019 de 2012.

⁴⁰ Modificada por la Resolución No. 52778 de 2011.

- - 6 2 7 1 5 -
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012 Hoja N°. 25

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

"4.- Por su parte, el inciso 2º del artículo 9º y el artículo 10 de la Ley 1340, previeron dos trámites diversos para el cumplimiento del deber legal citado. El primero denominado trámite de notificación y el segundo de información.

5.- El trámite de información presupone:

- a. Que la operación proyectada cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.*
- b. El agotamiento de los pasos procesales previstos en el artículo 10º de la Ley 1340 de 2009.*
- c. El estudio económico y jurídico de la operación por parte de la autoridad de competencia que define el o los mercados relevantes afectados con la integración.*
- d. Quien decide si autoriza, objeta o condiciona la operación es la autoridad de competencia.*

6.- Si el trámite es el previsto en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1340 de 2009, se debe notificar a la autoridad de competencia la operación proyectada, lo cual supone:

- a. Que la operación proyectada cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9º de la Ley 1340 de 2009.*
- b. Los interesados asumen la tarea de definir (i) el mercado relevante afectado por la operación de integración notificada y (ii) la participación que las empresas intervinientes tienen en el mismo, que en todo caso debe ser inferior al 20%.*
- c. La notificación se debe hacer antes de efectuada la operación." (Subrayado fuera de texto)*

No obstante, es importante aclarar que en aquellos casos en donde se decida que la vía adecuada es la notificación basándose en la excepción anotada, es posible que como ocurrió en el presente trámite, la Superintendencia considere necesario evaluar a fondo de qué forma fue definido el mercado y cuáles fueron los criterios para determinar la participación de las empresas, luego de lo cual, puede concluir que el análisis de las empresas fue errado y considerar necesario investigar y sancionar una posible infracción al régimen⁴¹.

5.5.1. Respecto al trámite aplicable a la transacción realizada

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta el momento, corresponde a este Despacho determinar si las empresas investigadas acudieron al trámite adecuado frente a la situación fáctica ya explicada. Para tal efecto, deben retomarse dos aspectos ya abordados en la presente resolución. En primer lugar, es fundamental establecer el momento en que se concretó la operación efectuada, para a partir de esa fecha determinar si el trámite que debía seguirse, ya sea el de pre-evaluación o notificación, se realizó de manera previa a dicha concreción. En segunda instancia, habiendo determinado lo anterior, debe acudir al análisis de participaciones en los mercados involucrados en aras de determinar precisamente si las intervinientes debían solicitar la pre-evaluación o simplemente notificar la transacción.

En lo que respecta al primer punto, debe reiterarse lo ya señalado en el sentido de establecer que la operación en virtud de la cual COLINVERSIONES obtuvo el control sobre EPSA se concretó el 5 de mayo de 2010, momento en el cual se cumplió con el Preacuerdo Bursátil firmado para adquirir el 2.69%, con el cual COLENER pasó a tener el 50.01% de

⁴¹ Ver Resolución 30238 del 15 de junio de 2010. Caso GyJ.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

EPSA. De tal suerte, al haberse notificado la operación a esta Superintendencia el día 7 de abril de 2010, se cumplió con el supuesto cronológico del control *ex ante*.

Por su parte y como fue descrito en el acápite del presente acto relacionado con las participaciones porcentuales de los agentes que hacen parte de los mercados involucrados, en ninguno de ellos se observó que las empresas intervinientes tuvieran de manera conjunta una participación superior al 20%, encontrándose que en la actividad de generación de energía contaban con un 13.4%, mientras que en la venta de gas natural en el mercado secundario un porcentaje de 4.5%.

Así las cosas, debe compartirse plenamente la conclusión que presenta el Informe Motivado sobre el tema, cuando afirma:

"Del material probatorio recaudado en el transcurso de la investigación, pudo establecerse que la operación objeto de investigación no se realizó con antelación a la presentación de la notificación ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es decir, los investigados no infringieron los presupuestos establecidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, para caso objeto de estudio, tal y como se ha expuesto a lo largo de este análisis, la vía que eligieron los investigados para dar cumplimiento al deber legal previsto en la Ley 1340 de 2009, fue la adecuada para este tipo de operaciones (...)"

5.5.2 Argumentos adicionales presentados en el escrito de opiniones al Informe Motivado

5.4.2.1 Respecto del régimen de transición de aplicación de la Ley 1340 de 2009

El apoderado refiere en su escrito de observaciones que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1340 de 2009, en el que se consagró el régimen de transición de la entrada en vigencia y aplicación de las disposiciones de la precitada Ley, correspondía a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, hasta el 24 de enero de 2010, conocer de la operación de integración económica que hoy se investiga por esta Entidad, quienes ejercían un control posterior y no previo, refiriendo lo siguiente:

"En consecuencia, durante el periodo de transición previsto en la Ley 1340 de 2009, el ente competente para conocer de operaciones de integración empresarial de empresas del sector de energía y gas, era la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o la CREG, entidades que según la regulación ejercían control posterior y no previo.

Por lo tanto, si fuese cierto que lo ocurrido el 14 de diciembre de 2009 implicó una integración empresarial entre COLINVERSIONES y EPSA, lo cierto es que, de acuerdo con la doctrina de la SSPD, el control de dichas integraciones era posterior y el órgano competente era la CREG o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo cual fue así mismo ratificado por el Consejo de Estado (...)"

Frente al argumento del apoderado este Despacho considera pertinente realizar algunas precisiones respecto de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, así como del régimen de transición que precedió su expedición en materia de integraciones económicas. Así las cosas, con la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio fue investida como la **autoridad única** a nivel nacional en lo que se

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 27 15 - DE 2012 Hoja N°. 27

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

refiere a temas relacionados con la protección de la competencia. En efecto, el artículo 6 de la mencionada ley establece:

"La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá de forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa y el cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal (...)"

Como se desprende de la norma en mención, esta Entidad conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas que se adelanten por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, entendidas como aquellas relativas a prácticas comerciales restrictivas e integraciones económicas, como de las referidas al régimen de Competencia Desleal en ejercicio de facultades administrativas.

Adicionalmente, la Ley 1340 de 2009 consagró un régimen de transición en los siguientes términos:

Artículo 33. "TRANSITORIO. REGIMEN DE TRANSICION. Las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, continuarán ejerciendo tales facultades durante los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, de conformidad con los incisos siguientes.

Las investigaciones que al finalizar el término establecido en el inciso anterior se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades. Las demás quejas e investigaciones preliminares en materia de prácticas restrictivas de la competencia deberán ser trasladadas a la Superintendencia de Industria y Comercio

Las informaciones sobre proyectos de integración presentadas ante otras autoridades antes de finalizar el mismo término, serán tramitadas por la autoridad ante la que se radicó la solicitud. Con todo, antes de proferir la decisión, la autoridad respectiva oirá el concepto del Superintendente de Industria y Comercio".

El primer inciso del citado artículo refiere que para aquellas autoridades de control y vigilancia a las que excepcionalmente la ley les hubiere atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones, continuarían ejerciendo tales facultades durante los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la ley, adicionalmente el inciso tercero del mismo artículo señaló que aquellas informaciones sobre proyectos de integración que hubieran sido presentadas ante otras autoridades antes de finalizar dicho término deberían ser tramitadas por la entidad en la que se radicó la solicitud.

En primera medida cabe señalar que contrario a lo expuesto en el escrito de opiniones, la Superintendencia de Industria y Comercio era la autoridad competente para conocer de las integraciones de energía y gas incluso antes de la expedición de la Ley 1340 de 2009, sin embargo y en gracia de discusión, si este Despacho asumiera la posición del apoderado, la operación que hoy se investiga no hubiese sido de aquellas sometidas al régimen de transición.

Lo anterior, por cuanto como se expuso en la presente Resolución la precitada operación de integración económica en virtud de la cual COLINVERSIONES obtuvo el control sobre EPSA

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

se concretó el 5 de mayo de 2010, pese a que los trámites de la misma tuvieron su inicio en el mes de octubre de 2009, ambas fechas posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009 y cuyo trámite de notificación fue efectuado ante esta Entidad el 7 de abril de 2010, es decir previa la concreción de la integración y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la mencionada Ley.

En virtud de lo anterior, no se habrían cumplido los supuestos contenidos en el artículo 33 que consagró el régimen de transición, toda vez que, no existía ninguna solicitud que hubiese sido radicada y/o que estuviese siendo tramitada ante la SSPD o la CREG respecto a la operación llevada a cabo entre COLINVERSIONES y EPSA, así como tampoco hubiesen sido dichas entidades las competentes para conocer de la misma.

5.4.2.2. Sobre las nulidades alegadas

El apoderado de las investigadas solicitó que se declarara la nulidad del procedimiento mediante escrito radicado el día bajo el No. 10-160167-00114-0002⁴². No obstante, en el escrito de opiniones al informe motivado realizó la siguiente manifestación:

"Por medio del presente escrito manifiesto que desisto de la solicitud presentada sobre la declaratoria de dichas nulidades y de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 144 del C.P.C. convalido las mismas y por lo tanto deben considerarse saneadas."

De conformidad con el artículo en mención, la nulidad se considera saneada *"Cuando todas las partes, o la que tenía interés en alegarla, la convalidaron en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada."* Por lo tanto, este Despacho se abstiene de pronunciarse sobre la referida solicitud.

5.4.2.3 Frente a la responsabilidad de la persona natural involucrada

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁴³ establece la siguiente función:

"Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional."

Lo anterior implica que para poder imponer esta sanción, debe haberse establecido la responsabilidad de las empresas investigadas de las cuales la representante legal haga parte. En la presente investigación se probó que las investigadas cumplieron con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009; en consecuencia, JUAN GUILLERMO LONDOÑO POSADA y BERNARDO DE JESÚS NARANJO OSSA, en su condición de representantes legales de las sociedades COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A. E.S.P. hoy CELSIA S.A y la EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. respectivamente, no son susceptibles de responsabilidad alguna, toda vez que las sociedades de las cuales ellos formaban parte, fueron exoneradas.

⁴² Folios 1722 a 1727 obrantes en el cuaderno 9 del expediente.

⁴³ Modificado por el artículo 26º de la Ley 1340 de 2009, que establece que está sujeta a las sanciones allí contempladas *"[...] cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, [...]"*.

62715

25/10/2012

- 6.2715 -

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ **DE 2012 Hoja N°. 29**

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante la Resolución No. 36393 del 30 de junio de 2011, en contra de las sociedades **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A. E.S.P.**, hoy **CELSIA S.A.**⁴⁴ ("COLINVERSIONES") a través de su filial **COLENER S.A.S.** y la **EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. ("EPSA")**, así como contra los señores **JUAN GUILLERMO LONDOÑO POSADA**, representante legal de COLINVERSIONES, y **BERNARDO NARANJO OSSA**, representante legal de EPSA, para la época de los hechos, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución al doctor **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, en su calidad de apoderado especial de la sociedad COLINVERSIONES, EPSA y sus representantes legales, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25 OCT 2012**

El Superintendente de Industria y Comercio

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Germán Bacca Medina
Revisó y Aprobó: Germán Bacca Medina

NOTIFICACIONES:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Apoderado Especial
COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A. E.S.P., hoy **CELSIA S.A.**
JUAN GUILLERMO LONDOÑO POSADA
EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P.
BERNARDO NARAJO OSSA,
Calle 72 No. 6 - 30 Piso 12.
Teléfono: 3122900
Fax: 3104715
Bogotá D.C.

⁴⁴ Que mediante Escritura Pública No. 1.126 del 17 de abril de 2012, de la Notaría 20 de Medellín, registrada en la Cámara de Comercio de Medellín en el libro 09 bajo el número 7123, la sociedad **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A. E.S.P.**, cambió su razón social para denominarse **CELSIA S.A. E.S.P.**