



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 57819 DE 2010

25 OCT 2010

Radicación N° 09-077424

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar.

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

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en el artículo 1 numerales 2 y 3 y en el artículo 8 numerales 3 y 5 del Decreto 3523 de 2009, modificados por los artículos 1 y 4 del Decreto 1687 de 2010, respectivamente y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "[...] la libre competencia económica es un derecho de todos [...]" y "[...] el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional."

SEGUNDO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1°, numeral 2 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1, numerales 2 y 3 del Decreto 1687 de 2010, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, [v]elar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales" y [c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."

CUARTO: Que los numerales 3 y 5 del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4, numerales 3 y 5 del Decreto 1687 de 2010, establecen respectivamente como funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia", "[r]esolver sobre la admisibilidad de las denuncias de que trata el numeral anterior," así como "[t]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia."

QUINTO: Que el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009, preceptúa que:

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

"[l]as 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% 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.

SEXTO: Que el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA), mediante oficio radicado con el número 09-077424 del 27 de julio de 2009, remitió a esta Superintendencia un derecho de petición presentado a esa Entidad por el señor Juan Carlos Benjumea el 27 de abril de 2009, en el que relacionan entre otros, los siguientes hechos:

"1. Varios municipios Antioqueños de la región de Urabá, en asocio con el Departamento de Antioquia, en virtud del literal G de la Resolución CRA 264 de Diciembre 2 de 2003, conformaron una Empresa Prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado, denominada AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.

2. Una vez constituida la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios conformada por entidades territoriales se denominada AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P. otra Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios denominada EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP (en adelante EPM), se asoció de manera irregular con ella (en nuestra opinión), al no mediar ningún proceso de concurrencia de oferentes para escoger este nuevo socio y al no ser las Empresas Públicas de Medellín una entidad Territorial.

3. [...] las Empresas Públicas de Medellín ESP obtienen después de una capitalización de la Empresa conformada en el numeral 1 (sic) (AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P), una mayoría accionaria que le permite subordinar a esa entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios bajo la matriz de las Empresas Públicas de Medellín. Presentándose así una desnaturalización jurídica de la ESP formada por las entidades Territoriales, pues una cosa es realizar aportes de capital en otra empresa de acueducto, alcantarillado y/o aseo para obtener un beneficio tributario [...] y otra cosa es apoderarse accionariamente (al volverse el socio mayoritario) de una ESP, sin observar lo prescrito por la ley 226 de 1995.

4. Posteriormente bajo el rótulo de Aguas de Urabá S.A. E.S.P comienza la operación del servicio de Acueducto y Alcantarillado en el casco urbano del Municipio de Carepa Antioquia y en los corregimientos El Reposo y Bajira sin que hubiese mediando algún proceso de licitación pública o concurrencia de oferentes

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

que le permitiese al Municipio de Carepa Antioquia entregar bienes que le hacen parte de la infraestructura de Acueducto y Alcantarillado y la operación misma a esta Empresa Aguas de Urabá S.A. E.S.P"¹.

SÉPTIMO: Que mediante memorando de fecha 28 de septiembre de 2009, radicado con el número 09-077424-00001², el Jefe Grupo de Trabajo de Integraciones Empresariales con asignación de funciones de Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, con base en los hechos señalados en el considerando anterior, solicitó iniciar una averiguación preliminar con el fin de determinar si las sociedades EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P (en adelante EPM) y AGUAS DE URABÁ S.A. E.SP (en adelante AGUAS DE URABA), habrían incurrido en prácticas restrictivas de la competencia, relativas a una integración económica perfeccionada con anterioridad a la notificación y posterior aprobación por parte de esta Entidad, es decir una operación no informada en tiempo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

OCTAVO: Que en desarrollo de la averiguación preliminar, esta Delegatura adelantó las siguientes actuaciones:

8.1. Recibió el 26 de octubre de 2009 el testimonio del señor JUAN CARLOS BENJUMEA ZAPATA, en su condición de quejoso³.

8.2. Se practicó visita administrativa a las instalaciones de EPM los días 25 y 26 de noviembre de 2009, en la que se solicitó información relacionada con la supuesta operación de integración adelantada por las mencionadas sociedades⁴.

8.3. Se realizó requerimiento de información a AGUAS DE URABÁ mediante comunicación del 23 de noviembre de 2009 para que allegara, entre otros documentos, copia del contrato de venta de acciones a EPM, copia de los libros de accionistas, estados financieros 2006-2007 y 2007-2008, organigrama de la empresa, libros de actas de Junta Directiva y Asamblea General entre otros documentos⁵.

NOVENO: De acuerdo con los hechos y las pruebas practicadas en la presente actuación se considera lo siguiente

9.1. Los supuestos del deber de informar

Vale la pena resaltar, antes de entrar en el análisis del asunto que ocupa la atención de esta Delegatura, que la Ley 1340 del 24 de julio 2009 introdujo importantes modificaciones al régimen de autorización de integraciones empresariales y, por ende, al régimen de información previa de las mismas. Así las cosas, el análisis jurídico expuesto a continuación se hace con fundamento en

¹ C1 - 2 a 4

² C1 - 24

³ C1-191.

⁴ C1 - 77 a 176

⁵ Ver folios 73 y 74 del cuaderno 1 del expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

las normas aplicables al momento de la operación de integración entre las empresas EPM y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.,

De conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, 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 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, para la época de los hechos, las empresas que individualmente o en conjunto, presentaran activos o ingresos operacionales superiores a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 smmlv), estaban obligadas a informar previamente a esta Entidad las operaciones de integración jurídico económica que pretendieran adelantar.

En segundo lugar, el supuesto objetivo establecía que las empresas que pretendieran fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, estaban 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."

De acuerdo con la entonces vigente Resolución SIC 22195 de 25 de agosto del 2006, el régimen de autorización general de las operaciones de integración de las empresas se encontraba establecido de la siguiente forma:

[...]

a) Que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y,

b) Que tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) 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

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

integrativo, manteniendo el instrumento de verificación acorde con su finalidad."

En consecuencia, las empresas que pretendieran llevar a cabo un proceso de integración empresarial, en cualquiera de sus manifestaciones, y cuya situación se enmarcara en los supuestos previstos en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, debían comunicar previamente la operación que pretendieran realizar a esta Entidad, la cual determinaría la procedencia de su ejecución.⁶

- iii. Por su parte, el mencionado supuesto cronológico implicaba que las empresas que se pretendieran integrar, y cuya situación se enmarcara 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 era posterior a la operación, sino que debía realizarse con antelación a la misma,⁷ pues de no ser así se perdería el carácter preventivo de la norma.

De esta forma, se observa que la Ley 155 de 1959 establecía un deber legal de información, que constituía 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.⁸

9.2 La supuesta operación de integración entre EPM y AGUAS DE URABÁ

Según se desprende de las pruebas recaudadas en la etapa de averiguación preliminar, al parecer las empresas EPM y AGUAS DE URABÁ habrían iniciado un proceso de acercamiento que pudo haber implicado una integración jurídico económica, cuyo inicio fue la autorización otorgada por la Junta Directiva de EPM, el 5 de junio de 2006 (Acta 1457) a la administración de esta empresa. En dicha junta se acordó autorizar a la administración de EPM:

"[...] Proceder con su vinculación a la Empresa de Aguas de Urabá S.A. E.S.P., a través de una capitalización, cuyo monto sea como máximo de \$22.366 millones, equivalentes al 76% de la participación accionaria en Empresa de Aguas de Urabá S.A. E.S.P., dependiendo de la participación de los municipios. La Administración queda obligada a realizar todas las acciones tendientes a que los municipios participen y disminuir el aporte de EPM hasta el 56% de la propiedad, lo que significaría una participación patrimonial de EPM de \$16.057 millones e informar a la Junta sobre el avance de esta gestión. Así mismo, para que se suscriban todos

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8315 de marzo 28 de 2003.

⁷ 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 hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla."

⁸ En este sentido previene el artículo 333 Superior, que "[...] la libre competencia económica es un derecho de todos -agregando que- el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional". (Subrayado nuestro)

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

*los documentos y se realicen todos los trámites correspondientes a la concreción de esta inversión*⁹.

Posteriormente, EPM de una parte y los accionistas de AGUAS DE URABA¹⁰ de la otra, suscribieron el 1 de diciembre de 2006 un documento denominado "Acuerdo de Accionistas"¹¹ cuyo objeto era el de definir "las condiciones y el marco de actuación para su participación como accionistas en [AGUAS DE URABA]..."¹².

En efecto, establece el "Acuerdo de Accionistas" lo siguiente en relación con la vinculación de EPM como accionista en AGUAS DE URABA:

- La cláusula quinta prevé la forma como se harían los aportes de EPM a la sociedad AGUAS DE URABA, en los siguientes términos:

"CLAUSULA QUINTA. Aportes de **EE.PP.M** y de **EL DEPARTAMENTO**. También de conformidad con el Plan de Negocios, en un periodo comprendido entre 2006 y 2010 **EE.PP.M E.S.P** realizará aportes graduales de capital a **LA SOCIEDAD** hasta por \$22.366 millones, de acuerdo con la aprobación impartida por la Junta Directiva de esta entidad. **EE.PP.M E.S.P** realizará el primer aporte de capital una vez se suscriba el presente Acuerdo de Accionistas, y de conformidad con los términos del reglamento de suscripción aprobado por el órgano competente de [AGUAS DE URABA], pero los siguientes aportes se efectuarán si todos **LOS MUNICIPIOS** realizan efectivamente el aporte del usufructo al que se han comprometido por el presente Acuerdo, es decir, una vez se encuentren debidamente registrados [...]"¹³

- La cláusula décima segunda del "Acuerdo de Accionistas" reguló el marco de actuación de EPM como accionista de AGUAS DE URABA:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. Marco de Actuación de **EE.PP.M E.S.P**. Como controlante de [AGUAS DE URABA] **EE.PP.M E.S.P** actuará siempre en procura de la adecuada gestión de los recursos aportados por todos los accionistas [...] Es entendido por **LAS PARTES**, en todo caso, y de conformidad con las consideraciones que fundamentan el presente Acuerdo de Accionistas, que **EE.PP.M. E.S.P** fijará a través de los órganos de dirección y administración de **LA SOCIEDAD** (entendida como el Departamento y los municipios participantes), las directrices financieras, técnicas, administrativas y operativas para la marcha de la empresa, considerando siempre que en su condición de Matriz del grupo empresarial que lleva su nombre, su gestión debe coordinarse con el propósito y dirección establecido para las demás compañías que forman parte de dicho grupo empresarial"¹⁴. (Lo resaltado fuera de texto)

⁹ C1 - 91

¹⁰ Para la fecha de suscripción del "Acuerdo de Accionistas" eran socios de Aguas de Urabá el Departamento de Antioquia (51%) y los Municipios de Apartadó (20%), Chigorodó (11%), Mutatá (1%), Turbo (12%) y Carepa (5%). Ver C1 - 103.

¹¹ C1 - 120 a 137

¹² C1 - 121

¹³ C1 - 125

¹⁴ C1 - 129.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Como complemento de lo anterior, en la respuesta al requerimiento de información radicada en la Superintendencia de Industria y Comercio el 21 de enero de 2010, la sociedad AGUAS DE URABA manifestó:

"Al ingreso de Empresas Públicas de Medellín como accionista de la sociedad, se realizó un acuerdo de accionistas que respaldaba el plan de inversiones de la empresa, el cual proyectaba capitalizaciones consecutivas entre los años 2007 a 2010, inclusive, tanto por EPM como por la Gobernación de Antioquia.

[...]

En este orden de ideas, si bien el ingreso de Empresas Públicas de Medellín como accionista de la sociedad se estableció (sic) el plan de capitalización, ello no generaba la obligación del pago inmediato de dicha proyección ya que de suyo se establecía que se realizase gradualmente.

Acorde con el plan, Empresas Públicas de Medellín ha realizado los siguientes pagos por capitalización en la empresa Aguas de Urabá S.A. ESP:

	<i>Capitalización EPM</i>
<i>2007</i>	<i>Se realizaron 2 capitalizaciones: La primera en el mes de marzo, fecha de ingreso de EPM como accionista y la segunda en el mes de diciembre. Todas las suscripciones fueron pagadas en su totalidad.</i>
<i>2008</i>	<i>Se realizaron dos capitalizaciones conforme con los montos y fechas establecidas en el acuerdo de accionistas. Todas las suscripciones fueron pagadas en su totalidad.</i>
<i>2009</i>	<i>Se realizaron tres capitalizaciones: Las dos primeras cumpliendo con el acuerdo de accionistas establecido y la tercera correspondiente al anticipo de la capitalización proyectada para el año 2010. Todas las suscripciones fueron pagadas en su totalidad</i>

[...]¹⁵

Adicionalmente, la certificación expedida por los auditores externos de EPM indica lo siguiente en relación con la participación patrimonial de EPM en AGUAS DE URABA¹⁶:

Año 2007

Fecha	Nombre de la cuenta contable	Importe
3/16/2007 ⁽¹⁾	Costo inversión	\$ 2.284.000.000
12/5/2007 ⁽²⁾	Costo inversión	\$ 612.000.000
	TOTAL AÑO 2007	\$ 2.896.000.000

⁽¹⁾ Corresponde a la suma de los importes realizados en esa fecha, según las cuentas contables 0141.120831.4101 y 0151.120831.5101.

⁽²⁾ Corresponde a la suma de los importes realizados en esa fecha, según las cuentas contables 0141.120831.4101 y 0151.120831.5101.

¹⁵ C2 - 192 a 195

¹⁶ C1 - 82 - 83

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar**Año 2008**

Fecha	Nombre de la cuenta contable	Importe
10/6/2008 ⁽¹⁾	Costo inversión	\$ 2.010.000.000
12/24/2008	Costo inversión	\$ 1.625.000.000
	TOTAL AÑO 2008	\$ 3.636.000.000

⁽¹⁾ Corresponde a la suma de los importes realizados en esa fecha, según las cuentas contables 0141.120831.4101 y 0151.120831.5101.

Año 2009

Fecha	Nombre de la cuenta contable	Importe
7/22/2009	Costo inversión	\$ 3.539.000.000
11/18/2009	Costo inversión	\$ 4.972.000.000
	TOTAL AÑO 2009	\$ 8.511.000.000

Por su parte, el certificado de existencia y representación legal de AGUAS DE URABÁ expedido el 19 de Octubre de 2009 visible a folios 25 a 30 del cuaderno 1 del expediente, certifica que EPM tiene una participación accionaria directa del 56% en AGUAS DE URABA y que existe un vínculo de subordinación entre dichas empresas. En efecto, señala:

"1) VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN. EE.PP.M E.S.P. TIENEN EN AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P UNA PARTICIPACIÓN ACCIONARIA DIRECTA DEL 56%.

2) UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN. ADEMÁS EL CONTROL ACCIONARIO, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P COMUNICA A LA SOCIEDAD CONTROLADA, BAJO DIFERENTES ASPECTOS, LAS VENTAJAS ENHERENTES (SIC) A SU CONDICIÓN DE EMPRESA DESTACADA EN EL ÁMBITO NACIONAL COMO PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ALTA CALIDAD, DE MODO QUE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN SU ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA EXPERIENCIA ACUMULADA EN SU GESTIÓN, TRASCIENDEN Y SE INTEGRAN EN LA SITUACIÓN EMPRESARIAL DE LA SUBORDINADA, SIN DETRIMENTO DE LA PERSONALIDAD Y AUTONOMÍA JURÍDICA DE ESTA"¹⁷. (Subrayado y destacado fuera del texto).

La entrada como socio de EPM en AGUAS DE URABA fue igualmente mencionada en el Informe Anual de 2007 en donde se indicó:

*"En 2007 el grupo estratégico de negocios de Aguas entró como socio en Aguas de Urabá S.A., se aceptó participar como socio con aportes de capital por \$2,896 millones, fundamentalmente por el interés que históricamente le ha asistido de vincularse a la región de Urabá"*¹⁸.

Igualmente se encuentra en el expediente una presentación en formato *Power Point* enviada por la Sociedad AGUAS DE URABÁ en respuesta a un requerimiento de información realizado por esta Superintendencia denominada

¹⁷ C1 - 29

¹⁸ Informe Anual 2007 de EPM. C1 - 176

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

"Empresas Regionales Dirección Aguas"¹⁹ del 25 de noviembre de 2009 en el que se refleja que la capitalización por \$2.896 millones de pesos realizada por EPM en el 2007 le otorgó el 55,99% de los derechos de voto en ese mismo año.

Tabla No. 1
Estructura de participación patrimonial y acciones con derecho a voto.²⁰

Estructura de Participación patrimonial y de acciones con derecho a voto.

	2,006		2,007		2,008		2,009		2,010						
	Consti- tución	% Partic.	% Voto	2007	% Partic.	% Voto	2008	% Partic.	% Voto	2009	% Partic.	% Voto	2010	% Partic.	% Voto
Aportes Regional	1,000	100.00%	100.00%	9,343	100.00%	100.00%	10,304	100.00%	100.00%	15,588	100.00%	100.00%	8,884	100.00%	100.00%
Aportes Departamento	510	51.00%	51.00%	628	11.00%	22.00%	1,307	16.00%	20.96%	2,000	16.32%	17.36%	1,863	18.29%	18.29%
Apartadó -Ordinar-	200			265			632			817			661		
Apartadó -Prefer-	0	20.00%	20.00%	2,110	24.90%	8.99%	1,478	16.85%	9.41%	661	9.46%	7.47%	0	7.47%	7.47%
Chigorodó -Ordinar-	110			145			348			449			364		
Chigorodó -Prefer-	0	11.00%	11.00%	1,161	13.69%	4.93%	813	9.26%	5.17%	364	5.20%	4.11%	0	4.11%	4.11%
Turbo -Ordinar-	120			159			379			490			397		
Turbo -Prefer-	0	12.00%	12.00%	1,266	14.94%	5.39%	887	10.11%	5.64%	397	5.67%	4.48%	0	4.48%	4.48%
Mutalá -Ordinar-	10			13			32			41			33		
Mutalá -Prefer-	0	1.00%	1.00%	106	1.25%	0.44%	106	0.84%	0.47%	33	0.47%	0.37%	0	0.37%	0.37%
Carepa -Ordinar-	50			66			158			204			166		
Carepa -Prefer-	0	5.00%	5.00%	528	6.23%	2.24%	528	4.21%	2.35%	166	2.37%	1.87%	0	1.87%	1.87%
Aportes EEPPM	0	0.00%	0.00%	2,896	28.00%	55.99%	3,636	42.73%	56.00%	8,511	55.24%	58.74%	5,400	59.27%	59.27%
EPM Inversiones	0	0.00%	0.00%	0	0.00%	0.00%	0	0.00%	0.00%	1,433	5.26%	5.60%	0	4.15%	4.15%

Fuente: Tabla tomada textualmente de la presentación denominada "Empresas Regionales Dirección Aguas" del 25 de noviembre de 2009 (C1 - 176).

9.3. El deber de informar

De acuerdo con la información recaudada, esta Delegatura encuentra que la operación adelantada por EPM y AGUAS DE URABÁ, al parecer cumple con los supuestos subjetivo, objetivo y cronológico establecidos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, razón por la cual, habría estado en la obligación de informarla a esta Entidad, de manera que las empresas mencionadas omitieron el deber de informar.

Sobre este aspecto es importante resaltar, que esta es una obligación de hacer, la cual no admite mora y afecta la validez del acto de enajenación por incumplir requisitos de forma.

Con respecto al requisito subjetivo, esta Superintendencia advierte que EPM y AGUAS DE URABÁ aparentemente se dedican a la misma actividad económica. En efecto, del certificado de existencia y representación legal de AGUAS DE

¹⁹ C1 - 177.

²⁰ Las divergencias entre la participación patrimonial y el porcentaje de acciones con derecho a voto entre 2007 y 2009 se explican en el numeral tercero del Otrosí al Acuerdo de Accionistas del 1ro de diciembre de 2006, según el cual "...Una vez valorado el usufructo por parte de la asamblea general, LA SOCIEDAD emitirá a cada uno de LOS MUNICIPIOS tantas acciones cuanto represente el valor del usufructo aportado por un periodo de treinta (30) años, en consonancia con las normas que regulan el avalúo de los aportes en especie, y de conformidad con la valoración que para el efecto han establecido LAS PARTES...". (C1 - 139). Con base en este criterio, las acciones con derecho a voto se distribuyeron desde de 2007, entre las EE.PP.MM., el Departamento y los municipios, quienes realizarían aportes graduales de capital a la sociedad hasta equiparar en 2010 las participaciones patrimoniales a las acciones con derecho a voto.

701

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

URABA se desprende que su objeto social es "(...) la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como las actividades complementarias propias de cada uno de estos servicios, y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras (...)"²¹.

En la respuesta al requerimiento de información, la empresa AGUAS DE URABA manifestó que dicha empresa tiene "como objeto social la prestación de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como actividades complementarias propias de cada uno de estos servicios, el tratamiento y aprovechamiento de las basuras para el desarrollo de su objeto social [...]".

Por su parte, EPM fue creada mediante Acuerdo No. 58 de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín²² como empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, cuyo objeto social es "(...) la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado (...). Podrá también prestar el servicio público domiciliario de aseo, así como las actividades complementarias propias de todos y cada uno de estos servicios públicos y el tratamiento y aprovechamiento de las basuras (...)".

De otro lado, del Informe Anual 2007 de EPM²³ se desprende que para el año 2007 tenía unos activos totales por valor de \$15.509.574.000.000 e ingresos operacionales por un valor de \$ 3.165.725.000.000. Por su parte AGUAS DE URABA tenía unos activos totales por valor de \$16.333.433.000 e ingresos operacionales por un valor de \$ -0-²⁴.

En razón a lo anterior, esta Delegatura encuentra que los activos conjuntamente considerados de las empresas EPM y AGUAS DE URABA, al parecer superarían los umbrales establecidos en la Circular Única de esta Entidad para informar una operación de integración jurídico económica.

DÉCIMO: Como quiera que la actuación administrativa que adelanta esta Entidad concierne al presunto incumplimiento del deber de información previa, se debe tener como punto de partida la fecha en que tuvo lugar el ingreso de EPM como accionista a la empresa AGUAS DE URABA, es decir el momento del pago efectivo de las acciones suscritas, concernientes a una capitalización total en 2007 por \$2.896 millones de pesos realizada por EPM y que le otorgó el 55,99% de los derechos de voto en ese mismo año.

Para el caso en particular, y de conformidad con la certificación expedida por los auditores externos de EPM²⁵, la capitalización se realizó el 16 de marzo de 2007 con un importe de \$2.284 millones de pesos.

²¹ C1 - 25

²² Modificado por el Acuerdo N. 069 de 1997

²³ Informe Anual 2007 de EPM. C1 -177

²⁴ C2 -231 y 232.

²⁵ C1 - 82 - 83

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

En este orden de ideas, esta Delegatura considera que el acto de venta de acciones de Aguas de Urabá a EPM se consolidó el 16 de marzo de 2007, dando control a esta empresa y perfeccionándose la integración.

DÉCIMO PRIMERO: Que las circunstancias referidas en los anteriores considerandos, constituyen indicio de la probable infracción de las siguientes normas:

11.1 El deber de informar la operación de integración jurídico económica.

Según lo dispuesto en Artículo 4 de la Ley 155 de 1959, vigente para la época de los hechos:

"[L]as empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto ascienden a veinte millones de pesos o más estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración."

En concordancia con lo anterior, la Circular Única proferida por esta Superintendencia, en el numeral 2.1.1 del Capítulo segundo del Título VII, señala:

"Con el alcance previsto en el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, entiéndase, de manera general y para todos los efectos, que pertenecen al régimen de autorización general, las operaciones de integración realizadas entre empresas que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que tengan ingresos operacionales anuales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y,*
- b) Que tengan activos totales en conjunto inferiores a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes"*

11.2 Autorización, ejecución o tolerancia de las conductas anticompetitivas.

Según lo establecido en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, están sujetos 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 demás normas que la complementen o modifiquen.

En el presente caso hay evidencia suficiente para presumir que los representantes legales de las empresas en cuestión ejecutaron operaciones de integración de manera previa a efectuar la notificación y posterior aprobación por parte de esta Superintendencia.

DÉCIMO SEGUNDO: Que como ya se indicó en el considerando octavo del presente proveído, durante la averiguación preliminar la Delegatura para la Protección de la Competencia adelantó las siguientes actuaciones:

- El 26 de octubre de 2009, se recibió testimonio al quejoso señor Juan Carlos Benjumea Zapata.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- Los días 25 y 26 de noviembre de 2009, se practicó visita administrativa a las instalaciones de EPM, en la que se solicitó información relacionada con la supuesta operación de integración adelantada por las mencionadas sociedades.
- El 23 de noviembre de 2009, se realizó un requerimiento de información a la empresa Aguas de Urabá, para que allegara entre otros documentos: copia del contrato de venta de acciones a EPM, copia de los libros de accionistas, estados financieros de 2006 a 2008, copia de los libros de actas de Junta Directiva y Asamblea General.
- Posteriormente el 23 de diciembre de 2009, se hizo un requerimiento a la sociedad Aguas de Urabá, solicitándole información relacionada entre otros aspectos, con la negociación realizada con EPM. (Folio 178 y 179).
- El 7 de enero el Gerente General de Aguas de Urabá solicitó prórroga para enviar los documentos, el cual fue concedido otorgándole un plazo que venció el 19 de enero de 2010; el 21 de enero la empresa radicó en esta Entidad la respuesta al requerimiento.

Es importante recordar que la queja original fue presentada el 27 de abril de 2009 ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, - la mencionada Comisión sólo dio traslado a esta Superintendencia el 27 de julio de 2009 y aunque desde el 28 de septiembre del mismo año la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó iniciar de inmediato la averiguación preliminar correspondiente, esta Entidad no alcanzó a surtir todos los trámites necesarios para llevar a feliz término la investigación.

Así las cosas, y como quiera que la actuación administrativa que adelanta esta Entidad concierne al presunto incumplimiento del deber de información previa, se debe tener como punto de partida la fecha en que tuvo lugar el presunto proceso de integración jurídico - económica. Para este caso en particular, el mes de marzo de 2007, fecha en la cual tuvo lugar la toma de control de AGUAS DE URABA por parte de EPM por enajenación de acciones que le dieron una participación accionaria del 55.9% del capital total.

En este sentido, considerando que el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo establece un término de tres (3) años para sancionar a partir de producido el acto,²⁶ debe tenerse en cuenta que ya han transcurrido más de tres años desde el mes de marzo de 2007, fecha en que la operación se habría perfeccionado en la práctica, motivo por el cual la facultad sancionatoria de esta entidad ya caducó.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Ordenar el archivo de la presente averiguación preliminar frente a las sociedades EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P y AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P, por el posible incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

²⁶ Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. "Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los 3 años de producido el acto que pueda ocasionarlas".

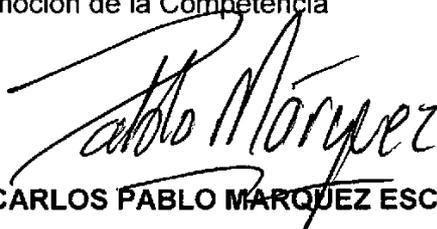
Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicar el contenido de la presente resolución al doctor **FEDERICO RESTREPO POSADA**, en calidad de Representante Legal de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P, y al doctor **HERNÁN DARIO HURTADO PÉREZ**, en calidad de Representante Legal de AGUAS DE URABÁ S.A. E.SP, entregándoles copia de la misma.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25 OCT 2010**

El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia



CARLOS PABLO MARQUEZ ESCOBAR

COMUNICACIONES:

Doctor
FEDERICO RESTREPO POSADA
C.C. N° 70.546.837
Representante Legal
EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.
NIT 890.904.996-1
Carrera 58 N° 42-125 Edificio Inteligente
Medellín- Antioquia

Doctor
HERNÁN DARIO HURTADO PÉREZ
C.C. N° 3.629.039
Representante Legal
AGUAS DE URABÁ S.A. E.S.P.
NIT N° 900072303-1
Calle 103 N° 97- 54 Edificio Salud Plaza, Barrio Chinita
Apartadó - Antioquia