

Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 21-286196- -1-0 FECHA: 2021-07-23 16:11:37
DEP: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE EVE: SIN EVENTO
ABOGACÍA DE LA C
TRA: 334 REMISIIFORMA FOLIOS: 012
ACT: 440 RESPUESTA

Doctor
JOSÉ MANUEL RESTREPO ABONDANO
Ministro
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
atencioncliente@minhacienda.gov.co
empresas@minhacienda.gov.co
adriana.mazuera@minhacienda.gov.co

| | | |
|----------------|-------------|-----------|
| Asunto: | Radicación: | 21-286196 |
| | Trámite | 334 |
| | Evento: | 0 |
| | Actuación: | 440 |
| | Folios: | 12 |

1

Referencia: Asesoría al Gobierno Nacional en materia de libre competencia económica (Numeral 1 del Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011) sobre posible transacción entre Ecopetrol S.A. (en adelante “**Ecopetrol**”) e Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante **ISA**), (en adelante la “**Solicitud**”).

Respetado señor Ministro:

En respuesta a la comunicación radicada por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante, “**MinHacienda**”) el pasado 19 de julio de 2021, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de su función de órgano asesor del Gobierno Nacional, en los términos del numeral 1 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, procede a analizar su solicitud desde la óptica de la libre competencia económica. Así, para efectos de determinar si la transacción descrita



en su comunicación¹ (en adelante, “**Potencial Transferencia**”) debe ser sometida al control previo de integraciones empresariales, esta Superintendencia analizará su solicitud en los siguientes términos: primero, se hará una descripción general de la naturaleza de las operaciones de integración empresarial, así como de los supuestos que deben cumplirse para que se configure el deber de información previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, segundo, se hará una descripción de la Potencial Transferencia, la composición accionaria de las partes involucradas, y su situación de control, en línea con la información aportada a esta Superintendencia, tercero, se procederá a analizar si la Potencial Transferencia debe o no someterse al control previo de integraciones empresariales y, finalmente, se presentarán las conclusiones correspondientes para dar respuesta a su solicitud.

Es pertinente aclarar que el concepto emitido por esta Superintendencia en ejercicio de su función asesora se basa en la información que fue allegada en la comunicación del 19 de julio de 2021 por el MinHacienda. Por lo anterior, el análisis presentado por esta Autoridad podría variar en el evento en que se presenten modificaciones en la naturaleza de la Potencial Transferencia, o respecto de la composición accionaria de las partes involucradas, previo a la ejecución de la operación, en el evento en que la misma sea llevada a cabo. Ante estos eventos, es recomendable solicitar a esta entidad un nuevo concepto en función asesora, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad aplicable.

2

1. Sobre las operaciones de integración empresarial y el deber de información previa a la Autoridad de Competencia

1.1. Sobre las operaciones de integración empresarial

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009:

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

En complemento de lo anterior, el artículo 1 de la Resolución 2751 de 2021² establece:

¹ Oficio presentado el 19 de julio de 2021. Aportado al expediente con el No. de radicación 21286196—000000002. Pg. 2 y 3.

² “Por la cual se subroga el Capítulo Segundo del Título VII de la Circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio”.



“Las operaciones empresariales de **fusión, consolidación, adquisición de control o de integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada**, deben ser informadas a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando concurren los siguientes supuestos (...)”.

Con lo anterior, debe entenderse que, para que las operaciones llevadas a cabo entre distintos agentes de mercado sean objeto del control *ex-ante* de integraciones empresariales, es necesario que las mismas deriven en una *operación de integración empresarial*. La Superintendencia de Industria y Comercio se ha referido a este tipo de operaciones como “*cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente*”³. Así mismo, para efectos de la aplicación de las normas sobre libre competencia económica, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 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*”⁴. Igualmente, mediante Resolución 5545 de 2014⁵, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que la noción de control, para efectos de las normas de libre competencia económica, consiste en:

3

“La posibilidad de influenciar las anteriores decisiones le permite a una firma influir el desempeño competitivo de otra en el mercado. Así las cosas, este Despacho reconoce que el elemento esencial de la definición de control es que **una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra**”.

En línea con lo anterior, puede entenderse que existe una operación de integración empresarial cuando uno o varios agentes económicos adquieren la posibilidad de influenciar, directa o indirectamente, distintos factores relacionados con el desempeño competitivo de otro u otros agentes económicos en el mercado, que ya existían al momento de la operación, o que sean creados para los propósitos de esta, con independencia del vehículo o la forma jurídica empleada para ello. Entre estos factores, se encuentra 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. Así mismo, se entiende que a través de la operación debe

³ Resolución No. 42296 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Pg. 5 y 6.

⁴ Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

⁵ “por la cual se objeta una operación de integración”. Esta Resolución hace referencia a la operación de integración empresarial entre la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. e Isagen S.A. E.S.P., la cual fue condicionada por la Superintendencia de Industria y Comercio.



adquirirse aquella posibilidad de influenciar los distintos factores de competencia, de manera tal que, si al momento de la operación uno de los agentes ya ostentaba estas facultades respecto del otro, no habrá lugar a que la misma sea considerada como una operación de integración empresarial.

Sin perjuicio de estas nociones, esta Autoridad de Competencia ha establecido algunos criterios de análisis adicionales que permiten identificar cuándo una operación entre dos o más agentes de mercado constituye una operación de integración empresarial. En efecto, algunos de estos criterios permiten diferenciar esta figura de otro tipo de operaciones, como son los acuerdos de colaboración empresarial, los cuales no están sometidos a esta modalidad de control previo. En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que no toda operación que derive en una adquisición de control de una empresa sobre otra ya existente, o en la creación de una empresa en común para ser operada entre varias, necesariamente implicará la existencia de una operación de integración empresarial que deba ser informada.

A juicio de esta Superintendencia, para que haya lugar a una operación de integración empresarial, es necesario también que:

4

1. La operación sea diseñada como permanente y resulte en la eliminación de un competidor en el mercado, o en una potencial reducción sustancial de la competencia frente al mismo⁶;
2. El negocio que resulte de la operación tenga plenas funciones en el mercado⁷.

Así, que la operación sea diseñada como permanente implica que, desde su concepción, las partes deben haber previsto una vocación de permanencia del negocio⁸. Con lo anterior se entiende también que los efectos del mismo deben subsistir de manera definitiva, o por lo menos por un periodo de tiempo sustancial⁹. Por otro lado, la pérdida de un competidor o la reducción sustancial de la competencia implica que la operación no puede consistir simplemente en la unificación de una función concreta de los agentes participantes, sino que debe implicar la unificación de una línea específica de negocios o del mercado. Lo anterior ha sido explicado en los siguientes términos:

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores. Pg. 13.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.



“La operación no puede consistir simplemente en la unificación de una función concreta de las empresas participantes, sino que debería implicar la unificación de una línea de negocios o de un mercado. Esto implica que las partes no deberían solo unir ciertas actividades específicas de aquellas que desarrollan en el día a día para funcionar en un mercado relevante (como por ejemplo comprar insumos, distribuir productos, etc.). Por el contrario, las entidades deberían unificar alguna línea de negocio o crear una entidad que por sí misma constituya un negocio, tenga presencia independiente en el mercado relevante, y está diseñada para ofrecer productos o servicios a cualquier persona que los demande, al menos de forma sustancial. En otras palabras, la transacción no debería ser un acuerdo entre competidores solo para comprar insumos de forma colectiva o distribuirlos conjuntamente, ya que esto muy probablemente constituiría un simple acuerdo, mas no una integración¹⁰”.

Por otra parte, la necesidad de que el negocio tenga plenas funciones en el mercado quiere decir que el resultado de la transacción debe ser un ente económico que cuente con los recursos suficientes para desarrollarse en el mercado de manera autónoma¹¹. De esta forma, aquella unión de negocios independientes en uno, o la creación de una empresa separada para ser operada de manera conjunta, necesariamente debe contar con recursos suficientes en términos de capital humano, financiero, y administrativo, entre otros, para participar en el mercado como un negocio separado de aquellos operados por los entes involucrados en la operación¹².

5

Así las cosas, existe un amplio desarrollo acerca de la noción de control en materia de libre competencia económica. Así mismo, se evidencia que existen criterios adicionales que permiten determinar cuando se está ante una operación de integración empresarial, y no ante otras figuras que pueden derivar de las operaciones comerciales entre los agentes de mercado. Con lo anterior, se procederá a analizar cuando una operación de integración empresarial debe ser informada ante la autoridad de competencia.

1.2. Deber de informar sobre una operación de integración empresarial

Además de que la operación proyectada pueda ser considerada como una operación de integración empresarial, es necesario que se cumpla con ciertos supuestos específicos para que la misma sea objeto del control previo de

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid. Pg. 14.

¹² Ibid.



integraciones empresariales. Al respecto, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 señala que también debe cumplirse un supuesto objetivo y un supuesto subjetivo¹³, los cuales se describen a continuación:

- **Supuesto subjetivo:** implica que las partes involucradas en la operación deben dedicarse a una misma actividad económica o participar en la misma cadena de valor.
- **Supuesto objetivo:** implica que las partes involucradas, conjunta o individualmente consideradas, deben haber tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales o activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio. En la actualidad, aquel monto corresponde a sesenta mil (60.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹⁴.

6

Por otra parte, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 establece también que en los eventos en que las intervinientes cumplan con estos supuestos, pero en conjunto cuenten con menos del 20% del mercado relevante, la operación se entenderá autorizada con la sola notificación¹⁵. De lo contrario, las partes deberán solicitar autorización previa a la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo establecido en los artículos 10, 11, 12 y 13 de la Ley 1340 de 2009, así como en la Resolución 2751 de 2021.

Sumado a esto, el mismo artículo establece que las operaciones en que las partes involucradas acrediten “*que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en*

¹³ Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009: “Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada: **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 (...)**” (Resaltado fuera del texto original).

¹⁴ Resolución 77896 de 2020 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁵ Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009: En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% <sic> 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.



los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995¹⁶, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁷. Adicionalmente, la Resolución 2751 de 2021 prevé que se encuentran exentas del deber de informar a la Autoridad de Competencia las operaciones en las que las intervinientes se encuentren subordinadas a un mismo agente de mercado, por encontrarse en una de las situaciones descritas en el artículo 261 del Código de Comercio, así como aquellas en las que entre las intervinientes exista relación de subordinación, por encontrarse en una de las situaciones que describe esta norma¹⁸.

Se observa así que solo las operaciones de integración empresarial que cumplan los supuestos específicos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 deberán cumplir con el deber de informar. Así mismo, en aquellos eventos en los que las intervinientes de una operación se encuentren en situación de grupo empresarial, cuenten con una relación de subordinación o se encuentren subordinadas a un mismo agente de mercado, en lo términos mencionados, estarán exentas del deber de informar.

7

2. Descripción de la operación, composición accionaria de las partes involucradas y situación de control de estas

¹⁶ “ARTICULO 28. GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan”.

¹⁷ Parágrafo 3º del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009: “(...) PARÁGRAFO 3o. Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio”.

¹⁸ Num. 4 de la Resolución 2751 de 2021: “De conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, se encuentran exentas del deber de información (pre-evaluación y notificación) previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio las siguientes: (...) b) las operaciones de integración empresarial en las que las intervinientes se encuentren subordinadas a un mismo agente de mercado, por encontrarse en una de las situaciones descritas en el artículo 261 del Código de Comercio. c) Las operaciones de integración empresarial en las que exista relación de subordinación entre las intervinientes, por encontrarse en una de las situaciones descritas en el artículo 261 del Código de Comercio”.



De acuerdo con la información aportada por el MinHacienda¹⁹, la Potencial Transferencia consiste en “una posible transacción que pretende llevar a cabo con Ecopetrol S.A. (en adelante “Ecopetrol”), consistente en la posible venta de las acciones que el MHCP tiene sobre Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (en adelante “ISA”)”. Así mismo, en línea con esta información, en la actualidad la misma se encuentra en etapa de evaluación, y “A la fecha, Ecopetrol y el MHCP se encuentran negociando la Potencial Transferencia a Ecopetrol de la participación accionaria que el MHCP tiene en ISA”²⁰. En este orden de ideas, entiende esta Autoridad de Competencia que la operación objeto de la presente solicitud consiste en la **transferencia de la totalidad de las acciones que tiene la Nación en ISA, a través del MinHacienda, a favor de Ecopetrol**. Aquella transferencia tendrá lugar por medio de un contrato interadministrativo de compraventa de acciones entre el MinHacienda y Ecopetrol, por el cual, al momento del cierre, Ecopetrol adquiriría 569.472.561 de las acciones ordinarias que tiene el MinHacienda en ISA²¹.

Ahora bien, de acuerdo con la información que obra en el expediente²², actualmente el MinHacienda es titular del **88,49%** de la participación accionaria de Ecopetrol, así como del **51,41%** de la participación accionaria de ISA. Al respecto, esta entidad manifestó que, de acuerdo con los estatutos sociales, las normas de gobierno corporativo y la declaración de accionista mayoritario expedida por el MinHacienda respecto de Ecopetrol, dicha entidad cuenta con la mayoría decisoria en asuntos que no tienen previstas mayorías especiales de acuerdo con las normas del Código de Comercio²³.

8

Por otra parte, el MinHacienda señaló que en la actualidad cuenta con la capacidad de designar la mayoría de los miembros de las juntas directivas tanto de ISA como de Ecopetrol. Lo anterior, según el solicitante, ocurre toda vez que “(i) en su calidad de accionista puede presentar las listas para conformar las juntas directivas en ambas sociedades y (ii) tiene los votos suficientes para que, mediante el mecanismo de cuociente electoral, pueda elegir a la mayoría de los miembros de cada una de las listas propuestas”²⁴. Así mismo, esta entidad indicó que había participado activamente en las Asambleas Generales de Accionistas de ambas sociedades,

¹⁹ Oficio presentado el 19 de julio de 2021. Aportado al expediente con el No. de radicación 21286196—0000000002. Pg. 1.

²⁰ Ibid. Pg. 2.

²¹ Ibid. Pg. 3.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.



siendo a su vez el accionista que “*ha propuesto las listas para la conformación de las juntas directivas elegidas por la Asamblea General de Accionistas de Ecopetrol para los años 2021, 2019, 2018, 2017, 2016, 2015, 2014, 2013, 2012, 2011, 2010, 2009 y 2008, según consta en las actas de asamblea correspondientes; y ha propuesto las listas para la conformación de las juntas directivas que han sido elegidas en la Asamblea General de Accionistas de ISA para los años 2021, 2020, 2019, 2018, 2017, 2016 y 2015, según consta en las actas de asamblea correspondientes*”²⁵.

Conforme a lo anterior, a juicio del solicitante, la Nación, a través del MinHacienda, en la actualidad tiene el control competitivo, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y del numeral 4 de la Resolución 2751 de 2021, de ISA y de Ecopetrol. Igualmente, entiende que por esta razón la Potencial Transferencia no debe ser sometida al control previo de integraciones empresariales²⁶.

3. Análisis sobre el deber de informar la Potencial Transacción a la Superintendencia de Industria y Comercio

De conformidad con las consideraciones presentada anteriormente, esta Superintendencia procederá a analizar si, de acuerdo con la información aportada por el MinHacienda²⁷, la Potencial Transacción debe ser objeto del control *ex – ante* de integraciones empresariales. De esta forma, se pronunciará acerca del análisis preliminar presentado por el MinHacienda en su comunicación del 19 de julio de 2021.

9

3.1. Sobre el control ejercido por la Nación, a través del MinHacienda, en Ecopetrol e ISA

En primer lugar, es necesario mencionar que en la actualidad las normas sobre control de integraciones empresarial en Colombia no contemplan un régimen especial para aquellas sociedades cuya mayoría accionaria sea de titularidad de la Nación a través de una entidad de derecho público. En efecto, como se mencionó, el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 se limita a establecer que “**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

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Oficio presentado el 19 de julio de 2021. Aportado al expediente con el No. de radicación 21286196—0000000002. Pg. 1.



llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada (...)”²⁸. De esta forma, se entiende que las disposiciones sobre el régimen de control previo de integraciones empresariales aplican también a las sociedades cuyo accionista mayoritario sea una entidad de derecho público²⁹.

Ahora bien, se observa que el MinHacienda hace referencia a la noción de control contenida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1993. Al respecto, como puede observarse en la Sección 1.1. del presente concepto, la misma ha sido objeto de distintos pronunciamientos por parte de esta Superintendencia. Como se ha mencionado, a juicio de esta Autoridad, el elemento esencial de la noción de control, para efectos del régimen de control de integraciones empresariales, consiste en que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra³⁰.

Así mismo, en línea con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, aquella influencia puede materializarse, de manera directa o indirecta, en la posibilidad de un agente económico de **(i)** influenciar la política empresarial, **(ii)** influenciar la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, **(iii)** influenciar la variación de la actividad a la que se dedica la empresa, **(iv)** o influenciar la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad económica de otro. Respecto de estas últimas, es necesario destacar que no es necesaria la concurrencia de todos estos elementos, pues basta con que uno solo de estos supuestos se materialice para poder argumentar que existe control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

10

En línea con estas consideraciones, tanto ISA como Ecopetrol actualmente son controladas por la Nación, a través del MinHacienda. Esto se debe a que, como es señalado por el solicitante, dicho Ministerio cuenta con una participación accionaria en ambas sociedades que le permiten tomar decisiones que influyen la política empresarial de cada compañía. En efecto, en palabras del MinHacienda³¹, aquella participación no solo le otorga la mayoría decisoria en ambas sociedades para la votación de asuntos que no requieran de mayorías especiales, sino que, a su vez,

²⁸ Artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

²⁹ Un ejemplo de esto es la operación de integración entre la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. e Isagen S.A. E.S.P., la cual fue condicionada mediante Resolución 5545 de 2014, decisión que fue posteriormente ratificada mediante Resolución 32184 de 2014. En esta ocasión, se observa que el accionista mayoritario de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. era, en su momento, Bogotá, Distrito Capital, mientras que el accionista mayoritario de Isagen S.A. E.S.P. era la Nación, a través del Ministerio de Hacienda.

³⁰ Resolución 5545 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

³¹ Oficio presentado el 19 de julio de 2021. Aportado al expediente con el No. de radicación 21286196 -- 0000000002. Pg. 2.



le permite: **(i)** presentar las listas para conformar las juntas directivas en ambas sociedades y **(ii)** elegir a la mayoría de los miembros de cada una de las listas propuestas, facultades que ha venido ejerciendo a lo largo de los últimos años. Aquellas situaciones dan lugar a que, en la actualidad, la Nación, a través del MinHacienda, ejerza el control competitivo sobre ambas sociedades involucradas en la Potencial Transferencia.

Por último, es preciso indicar que para efectos del análisis del caso concreto, la Nación ha sido previamente identificada por esta Superintendencia como un agente económico independiente, que para efectos del control de integraciones empresariales, puede ejercer influencia sobre una empresa a través distintos órganos. Lo anterior fue evidenciado en la operación de integración entre la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. e Isagen S.A. E.S.P., en la cual la mayoría accionaria respecto de la primera era detentada por el Distrito Capital, y respecto de la segunda, era detentada por la Nación a través del MinHacienda³². Como se observa, tal operación fue objeto del control previo de integraciones empresariales en la medida en que las intervinientes estaban sometidas a entes de control independientes.

3.2. Sobre el deber de información previa de la Potencial Transferencia a la Superintendencia de Industria y Comercio

11

Las consideraciones presentadas anteriormente permiten determinar que la Potencial Transacción no es una operación de integración empresarial que deba ser informada ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Como ha sido indicado, a juicio de esta Autoridad, y de acuerdo con el análisis preliminar presentado por el MinHacienda³³, Ecopetrol e ISA en la actualidad están sometidas a un mismo ente de control, representado por la Nación a través del MinHacienda. Por lo tanto, no puede argumentarse que dicha transacción sea constitutiva de una operación de integración empresarial, pues la adquisición de las acciones de ISA por parte de Ecopetrol no le permitirían *adquirir* la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo en el mercado de aquella, toda vez que dicha facultad ya es ostentada por su controlante.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que la Potencial Transferencia sí deriva en una operación de integración empresarial, es claro que la misma estaría exceptuada del deber de informar, de conformidad con las normas en materia de libre competencia económica. Esto se debe a que por disposición expresa del

³² Resolución 5545 de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

³³ Oficio presentado el 19 de julio de 2021. Aportado al expediente con el No. de radicación 21286196 -- 0000000002. Pg. 3.



numeral 4 de la Resolución 2751 de 2021 se encuentran exentas del deber de información previa ante la Superintendencia y Comercio “*las operaciones de integración empresarial en las que las intervinientes se encuentren subordinadas a un mismo agente de mercado, por encontrarse en una de las situaciones descritas en el artículo 261 del Código de Comercio*”³⁴. Por lo tanto, en la medida en que más del 50% del capital social tanto de ISA como de Ecopetrol está actualmente en cabeza del MinHacienda, puede entenderse que en dicho escenario se cumplirían los supuestos que establece el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio³⁵.

4. Conclusión

Con base en todo lo expuesto, esta Superintendencia considera que la Potencial Transferencia no es una operación que deba ser objeto del control previo de integraciones empresariales. Por lo anterior, en el evento en que la misma tenga lugar, las partes involucradas no cuentan con un deber de información previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en línea con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009.

Quedamos atentos a cualquier inquietud sobre el particular o sobre cualquiera otra que sea de interés para el MinHacienda.

12

Cordialmente,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA

Elaboró: Santiago Blanco A.

Revisó: Ana María Pérez H.

Aprobó: Juan Pablo Herrera S.

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:



³⁴ Numeral 4 de la Resolución 2751 de 2021.

³⁵ Artículo 261 del Código de Comercio: “Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de 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 (...)”.

