



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **65300** DE 2019

Por la cual se resuelve un recurso de reposición **22 NOV 2019**

Rad. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el No. 18-270374-0 del 19 de octubre de 2018, **AGRÍCOLA SANTAMARÍA S.A.S.** (en adelante, **SANTAMARÍA**) informó a esta Entidad la intención de realizar una operación de integración en conjunto con **CMA CGM COLOMBIA S.A.S.** (en adelante, **CMA**), **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL BANACOL DE COLOMBIA S.A.** (en adelante, **BANACOL**), **SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL BANAFRUT S.A.** (en adelante, **BANAFRUT**), **C.I. TROPICAL S.A.S.** (en adelante, **TROPICAL**), **C.I. UNIÓN DE BANANEROS DE URABÁ S.A.** (en adelante, **UNIBAN**), **PUERTO BAHÍA COLOMBIA DE URABÁ S.A.** (en adelante, **PUERTO BAHÍA**), y **PUERTOS INVERSIONES Y OBRAS S.A.S.** (en adelante, **PIO**), (en adelante y de maneja conjunta, **INTERVINIENTES**).

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.5.4 de la Resolución No. 10930 de 2015, esta Superintendencia convocó una reunión presencial con las **INTERVINIENTES**, con el fin de informarles sobre los posibles efectos anticompetitivos de la operación proyectada encontrados de forma preliminar por esta Superintendencia¹.

TERCERO: Que las **INTERVINIENTES** presentaron para consideración del Despacho una propuesta de condicionamiento², que a su juicio permitiría mitigar o evitar las preocupaciones que surgen frente a los posibles efectos restrictivos generados a raíz de la operación proyectada.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 44482 del 9 de septiembre de 2019 (en adelante, Resolución Recurrída), la Superintendencia de Industria y Comercio autorizó, sujeta al cumplimiento de condicionamientos, la operación de integración entre **SANTAMARÍA**, **CMA**, **BANACOL**, **BANAFRUT**, **TROPICAL**, **UNIBAN**, **PUERTO BAHÍA** y **PIO**, con base en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, esta Entidad indicó que la operación proyectada consistía en la creación de una empresa en común (Nueva compañía), con plenas funciones en el mercado, que controlaría a **PUERTO BAHÍA**, quien cuenta con una concesión portuaria para la construcción, administración y operación de un puerto multipropósito en la zona portuaria de Urabá. De esta manera, cada una de

¹ Folio No. 346 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

² Información aportada por las **INTERVINIENTES** mediante escrito radicado con el No. 18-270374-20 del 4 de septiembre de 2019. Folio 348 y siguientes del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

las empresas accionistas de la Nueva compañía adquiriría control competitivo sobre esta sociedad, dueña de **PUERTO BAHÍA**.

En segundo lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que la operación proyectada tendría efectos horizontales y verticales, en la medida que las actividades desarrolladas por **SANTAMARÍA**, **BANACOL**, **BANAFRUT**, **TROPICAL** y **UNIBAN** (en adelante, las **BANANERAS**) coincidían en la producción y comercialización internacional de banano y plátano y, adicionalmente, la operación tenía como finalidad integrar el transporte marítimo internacional y la operación portuaria (infraestructura portuaria e intra-portuaria) para la minimización de costos de transporte internacional que afrontan las **BANANERAS**.

Respecto de los mercados relevantes involucrados en la operación, esta Entidad, teniendo en cuenta las actividades desarrolladas por las **INTERVINIENTES**, encontró que los mismos correspondían a:

- (i) Producción y comercialización internacional de banano y plátano, con origen en la región de Urabá antioqueño y eventualmente en el Magdalena.
- (ii) Prestación de servicios de operación portuaria (infraestructura e intra-portuaria) en diversas modalidades de carga: contenedores; granel sólido; y carga general, en la costa Atlántica colombiana.
- (iii) Transporte marítimo de línea de contenedores en las líneas regulares desde y hacia Colombia que tengan como destino el (i) Mediterráneo; (ii) Norte de Europa; y (iii) Norte de América.

Sobre los efectos de la operación en el mercado de prestación de servicios de operación portuaria (infraestructura), la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que ésta tendría efectos pro competitivos toda vez que aumentaría la oferta en mercados de carga de contenedores, granel sólido diferente de carbón y carga general únicamente, que se encuentran alta y moderadamente concentrados. Lo anterior, siempre que se garantice la no discriminación en la prestación de los servicios relacionados con toda la cadena de producción y comercialización internacional de banano y plátano, incluyendo la prestación de servicios de operación portuaria (intra-portuaria).

En cuanto a los efectos de la transacción en los mercados de transporte marítimo de contenedores en las líneas Mediterráneo, Norte de Europa y Norte de América, esta Superintendencia encontró evidencia suficiente de competencia que le dificultaría a **CMA** llevar a cabo intentos de prácticas comerciales restrictivas.

En los mercados de producción y comercialización internacional de plátano y banano, la Superintendencia de Industria y Comercio identificó que, considerando que los agentes continuarían actuando de manera individual en estos mercados, no se modificaría la estructura del mercado. Sin embargo, se encontró que la operación podría conllevar riesgos de cierre de mercado a los competidores de las **BANANERAS** que no tendrían relación directa con **PUERTO BAHÍA** y **CMA**. Lo anterior, toda vez que las **BANANERAS** agrupaban el 67,23% de la participación de mercado de la producción de banano para exportación, y **UNIBAN** y **BANACOL** representaban el 87,5% del mercado de producción y comercialización internacional de plátano.

Finalmente, respecto de la prestación de servicios de operación intra-portuaria, esta Entidad determinó que, como consecuencia de la operación analizada, se podría presentar un cierre de mercado por la existencia de un único operador (**PUERTO BAHÍA**).

Por las razones expuestas anteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que la operación entre **CMA**, **SANTAMARÍA**, **BANACOL**, **BANAFRUT**, **TROPICAL**, **UNIBAN**, **PUERTO BAHÍA** y **PIO** debía ser autorizada sujeta al cumplimiento del condicionamiento establecido en la Resolución Recurrída.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

QUINTO: Que el 24 de septiembre de 2019, mediante radicado No. 18-270374-25, **SANTAMARÍA** presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 44482 de 2019, en el cual solicitó se aclaren las obligaciones contenidas en los numerales 9.1.2. (i), (ii) y (iv); se revoquen las obligaciones contenidas en los numerales 9.1.2. (iii) y (v); y se aclare a partir de qué momento se hace exigible la obligación de auditoría consagrada en el numeral 9.1.3. Los argumentos presentados por **SANTAMARÍA** son los siguientes:

5.1. Que se aclaren las obligaciones contenidas en los numerales 9.1.2. (i) y 9.1.2. (ii)

SANTAMARÍA indicó que de la redacción utilizada por la Superintendencia de Industria y Comercio no es claro en cabeza de quién recaen dichas obligaciones. En su opinión, dicha obligación deberá recaer sobre ellas mismas, toda vez que son éstas quienes deberán definir la manera cómo quedará diseñado el control competitivo sobre **PUERTO BAHÍA**.

5.2. Que se revoque la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iii)

Para **SANTAMARÍA**, la intención de la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iii) de la Resolución Recurrída, que es determinar la estructura de control competitivo que existirá sobre **PUERTO BAHÍA**, quedará resuelta con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 9.1.2. (i) y (ii). Por lo anterior, considera que la información que las **INTERVINIENTES** aporten sobre la estructura de control competitivo, así como cualquier reporte sobre posibles cambios de control resultan más que suficientes para los efectos buscados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

5.3. Que se aclare el alcance de la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iv)

En opinión de **SANTAMARÍA**, en la parte motiva y en la parte referente al condicionamiento de la Resolución Recurrída, el lenguaje utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio resulta inadecuado y contrario a las disposiciones contenidas en la Ley 1 de 1991.

Al respecto, señaló que el artículo 1 de la Ley 1 de 1991 obliga a los concesionarios de puertos de servicio público y a los operadores portuarios a impedir y evitar privilegios, y discriminar entre sus usuarios o restringir indebidamente la competencia entre las sociedades portuarias. Lo anterior, toda vez que establece que "*[l]as sociedades portuarias, oficiales, particulares y mixtas y los operadores portuarios, que desarrollen actividades en los puertos de servicios públicos, deben adelantarlas de acuerdo con reglas de aplicación general, que eviten privilegios y discriminaciones entre usuarios de sus servicios; y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar la competencia desleal o crear prácticas restrictivas de la misma*".

Según **SANTAMARÍA**, la obligación de prestar los servicios de puerto público en términos de no discriminación no puede entenderse como una garantía de dar el mismo tratamiento a todos los usuarios sin que apliquen tratos diferenciales justificados por razones objetivas como volúmenes movilizados, frecuencia de uso del puerto y sus servicios, servicios específicos en el puerto o la duración de las relaciones contractuales. Sobre este punto, agregó que la operación eficiente de un puerto es una cuestión de interés público, razón por la que la utilización eficiente, continua y segura del terminal podría implicar la adopción de ciertas restricciones que resultarían legítimas para garantizar la prestación del servicio en estas condiciones.

En este sentido, solicitó que sea posible diferenciar entre el tratamiento que se dé a los usuarios del puerto, con base en criterios objetivos, sin crear distorsiones artificiales en el proceso competitivo.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

5.4. Que se revoque la obligación contenida en el numeral 9.1.2 (v)

La obligación contenida en el numeral 9.1.2. (v) consistía en que se garantizara la independencia y autonomía entre la administración de **PUERTO BAHÍA** y sus accionistas. **SANTAMARÍA** solicitó que ese condicionamiento se revoque porque, en su concepto, es una obligación: (i) excesiva respecto de los riesgos identificados por la Superintendencia de Industria y Comercio; (ii) de imposible cumplimiento; y (iii) contraria al régimen legal colombiano.

En cuanto a que la obligación es excesiva, resaltó que, frente al riesgo de cierre de mercado identificado por la Superintendencia, existen normas como la Ley 1 de 1991, que contempla la obligación de abstenerse de realizar conductas discriminatorias contra terceros; y el Régimen General de Libre Competencia, que le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades que le permiten sancionar la infracción de conductas que atenten contra la libre competencia.

Adicionalmente, indicó que la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída, impone la obligación de establecer una política de no discriminación frente a todos los potenciales usuarios del puerto. En esta medida, afirmó que **PUERTO BAHÍA** tiene una carga adicional, relacionada con cumplimiento de los condicionamientos que se le impusieron. Lo anterior, teniendo en cuenta que el incumplimiento de condicionamientos impuestos por esta Entidad es una conducta sancionable independiente de las prácticas restrictivas de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, señaló que no es cierto que la integración produzca una alta concentración en el mercado de producción de banano para exportación, pues como ha sido manifestado, la integración es de carácter vertical, ya que incluye compromisos de exportar una cantidad significativa de producto a través de **PUERTO BAHÍA**. Por lo anterior, consideró que la Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al pretender tomar a las **BANANERAS** como un solo agente.

En línea con lo anterior, **SANTAMARÍA** afirmó que si el riesgo es de un conflicto de interés, este es un asunto que compete al derecho societario y otras ramas del derecho. Razón por la que, si los administradores de **PUERTO BAHÍA** realizaran cualquier acto para favorecer unos accionistas por encima de otros, enfrentarían investigaciones y demandas por falta de sus deberes fiduciarios.

Sobre los posibles efectos de discriminación, manifestó que el análisis no puede limitarse solo a partir de las participaciones de mercado de producción de banano para exportación, sino de la generación de carga para contenedores en la Costa Atlántica colombiana. De igual forma, señaló que resulta erróneo partir de un análisis sustancial de un posible cierre de mercado vertical solo a partir del banano o del plátano, pues no son solo las **BANANERAS** quienes utilizarían **PUERTO BAHÍA**, sino que se va a dinamizar toda la generación de carga a granel, contenedores y otros.

Agregó que, con base en las mediciones de la Superintendencia, si **PUERTO BAHÍA** utiliza su máximo potencial, representaría tan solo el 11,36% de la carga de este mercado geográfico. Así, teniendo en cuenta que las **BANANERAS** utilizarían aproximadamente el 60% de la carga por contenedor de **PUERTO BAHÍA**, las demás empresas generadoras de carga por contenedor podrían utilizar el 88,64% de los servicios prestados por fuera de **PUERTO BAHÍA** y el 40% de los servicios prestados dentro de **PUERTO BAHÍA**.

Por los argumentos presentados anteriormente, **SANTAMARÍA** concluyó que no existe posibilidad de un cierre vertical del mercado, pues: (i) **PUERTO BAHÍA** representa una porción pequeña del mercado de carga de contenedores de la costa Atlántica; y (ii) al interior de **PUERTO BAHÍA** existen normas portuarias, el régimen de libre competencia, y un condicionamiento de una política de acceso no discriminatorio, lo que garantizaría el acceso al 40% restante del terminal de contenedores de ese puerto.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

Sobre que la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (v) resulta inviable, afirmó que una de las razones por las que las empresas que hacen parte de la transacción se consideran intervinientes en la operación es porque cada una hace parte de la cadena de valor y tendrán injerencia en el desarrollo de la actividad empresarial de **PUERTO BAHÍA**. Por lo anterior, resulta inviable pretender que las **INTERVINIENTES** no ejerzan ninguna influencia sobre el desarrollo del objeto social de **PUERTO BAHÍA** y en particular sobre la manera como debe funcionar la administración. Lo anterior, en criterio de **SANTAMARÍA**, supondría desconocer la existencia del control conjunto que podrá existir en el presente caso.

De otra parte, agregó que los accionistas mediante la Asamblea de Accionistas pueden tomar decisiones que afecten el desarrollo de la operación de la sociedad y puntualmente tomar decisiones respecto de cuerpos directivos de la compañía como es el nombramiento o destitución de miembros de junta directiva.

Sobre el particular, indicó que la Asamblea de Accionistas se considera el órgano supremo de una sociedad, que según el artículo 420 del Código de Comercio establece tiene entre sus funciones las de: (i) ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, funcionarios directivos o el revisor fiscal; y (ii) elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda; además de las que se hayan pactado en los estatutos y las generales que trata el artículo 187 del mismo Código. Adicionalmente, indicó que la Junta Directiva de la sociedad es elegida por la Asamblea de Accionistas, tal y como lo establece el artículo 436 del Código de Comercio.

En este sentido, en opinión de **SANTAMARÍA** pretender una total independencia y autonomía de la administración respecto de sus accionistas resulta artificial y contrario a las disposiciones legales contenidas en el Código de Comercio.

También señaló que, conforme a la ley, los administradores, dentro de los que se encuentran el representante legal y los miembros de junta directiva, están sometidos a un régimen de responsabilidad que les impide entrar en conflictos de intereses respecto del encargo que les han encomendado. Por lo que, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, tienen en ejercicio de su rol, unos deberes fiduciarios de actuar de buena fe, con cuidado y diligencia y con lealtad. Sobre el principio de lealtad, **SANTAMARÍA** afirmó que éste implica que el administrador actúe teniendo en cuenta los intereses de la sociedad y sus asociados.

En criterio de **SANTAMARÍA**, si la intención de la Superintendencia de Industria y Comercio es garantizar que **PUERTO BAHÍA** no incurrirá en conductas discriminatorias, dicha garantía se obtiene con el condicionamiento decretado en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída, en los términos por **SANTAMARÍA** expuestos en su recurso de reposición.

5.5. Que se aclare a partir de qué momento, la obligación de auditoría se hace exigible

SANTAMARÍA indicó que existe contradicción entre el momento en que la obligación de auditoría debe cumplirse, razón por la que solicitó que se aclare a partir de qué momento la obligación se hace exigible, el cual, considera, deberá ser a partir de la entrada en funcionamiento de la terminal.

SEXTO: Que estando dentro del término previsto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, este Despacho procede a resolver el recurso interpuesto por **SANTAMARÍA**, en los siguientes términos:

6.1. Sobre las obligaciones contenidas en los numerales 9.1.2. (i) y 9.1.2. (ii)

De acuerdo con el recurso de reposición presentado por **SANTAMARÍA**, no es claro en cabeza de quien recaen las obligaciones impuestas en los numerales 9.1.2. (i) y (ii). Dichas obligaciones consisten en lo siguiente:

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

“9.1.2. OBLIGACIONES TENDIENTES A MITIGAR EL RIESGO DE POSIBLES RESTRICCIONES

(...)

(i) Remitir a esta Superintendencia una copia del acuerdo de accionistas mediante el cual se define la estructura de control competitivo por parte de las **INTERVINIENTES**, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción del mismo

(ii) Remitir a esta Superintendencia cualquier variación en la estructura de control competitivo durante la etapa de construcción del terminal, y una vez finalizada la construcción, por un periodo adicional de tres (3) años.”

De acuerdo con lo anterior, este Despacho considera que los condicionamientos de los numerales 9.1.2. (i) y (ii), tal y como fueron señalados en la Resolución Recurrída, no especifican taxativamente quién tiene la obligación de cumplirlos. Por lo anterior, y considerando que las obligaciones impuestas en dichos numerales hacen relación al control competitivo, por parte de **SANTAMARÍA, CMA, BANACOL, BANAFRUT, TROPICAL, UNIBAN, y PIO**, sobre **PUERTO BAHÍA**, este Despacho procederá a ajustar los condicionamientos impuestos en los numerales 9.1.2. (i) y (ii).

6.2. Sobre la petición de revocar la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iii)

En este punto **SANTAMARÍA** solicitó que se revoque la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iii). Lo anterior, toda vez que su finalidad es determinar la estructura del control competitivo que existiría sobre **PUERTO BAHÍA**, obligación que quedaría resuelta con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los numerales 9.1.2. (i) y (ii).

Al respecto, se tiene que el condicionamiento impuesto en el numeral 9.1.2. (iii) de la Resolución Recurrída, corresponde a:

“9.1.2. OBLIGACIONES TENDIENTES A MITIGAR EL RIESGO DE POSIBLES RESTRICCIONES

(...)

(iii) Remitir una copia del esquema de financiación, modelo financiero y otros documentos relacionados, donde además se especifique la modalidad de inversión y los efectos que tiene este esquema en la prestación de los servicios portuarios y demás servicios relacionados con el puerto, durante la etapa de construcción del terminal.”

Los condicionamientos impuestos en el 9.1.2. (i), (ii) y (iii) tienen la finalidad de obtener información sobre el control competitivo que los agentes intervinientes en la operación tienen y, en el futuro, tendrán sobre **PUERTO BAHÍA**. Para esto, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso la obligación de remitir dos tipos de información. La primera relacionada con la situación societaria propiamente y la segunda con la inversión que las **INTERVINIENTES** realizarán en el puerto.

En el caso de la información requerida en los numerales 9.1.2. (i) y (ii), se encuentra que ésta tiene la finalidad de conocer el control societario que **SANTAMARÍA, CMA, BANACOL, BANAFRUT, TROPICAL, UNIBAN, y PIO** van a tener en **PUERTO BAHÍA**. Si bien este control societario da cuenta del control competitivo, esta información resulta insuficiente al momento de analizar la construcción, administración y operación portuaria de manera conjunta y el control que sobre esto puedan tener **SANTAMARÍA, CMA, BANACOL, BANAFRUT, TROPICAL, UNIBAN, y PIO**. Para esta Superintendencia el control competitivo no se deriva exclusivamente del control societario sino también de elementos adicionales, como lo es la inversión que se realice y los derechos que esta inversión otorgue a cada interviniente.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

Como lo ha indicado esta Superintendencia, la operación proyectada tiene efectos verticales, razón por la que es de absoluta relevancia conocer los derechos que se derivan de la inversión que las **INTERVINIENTES** realicen en **PUERTO BAHÍA**. Esta información es relevante, pues proporciona las herramientas necesarias para poder prevenir, por lo menos desde el ámbito de la inversión, restricciones verticales en el puerto.

Por lo expuesto, este Despacho considera que el condicionamiento de remitir una copia del esquema de financiación, modelo financiero y otros documentos relacionados, donde además se especifique la modalidad de inversión y los efectos que tiene este esquema en la prestación de los servicios portuarios y demás servicios relacionados con el puerto, durante la etapa de construcción del terminal, se mantendrá y no sufrirá modificaciones.

Sin embargo, considerando que el condicionamiento establecido en el numeral 9.1.2. (iii) no establece en cabeza de quién recae la obligación de cumplirlo, este Despacho procederá a precisar respecto de quién deberá hacerlo.

6.3. Sobre el alcance de la obligación contenida en el numeral 9.1.2. (iv)

Según **SANTAMARÍA**, la obligación que se impone a los concesionarios de puertos, a través del artículo 1 de la Ley 1 de 1991, de evitar privilegios y discriminaciones entre usuarios de sus servicios, y de abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de afectar indebidamente la competencia, no puede entenderse como una garantía de dar el mismo tratamiento a todos los usuarios sin que apliquen tratos diferenciales justificados por razones objetivas. Adicionalmente, indicó que la utilización eficiente, continua y segura de un puerto puede implicar la adopción de ciertas restricciones que resultarían legítimas para garantizar la prestación del servicio en las condiciones indicadas.

Sobre este argumento, se recuerda que el condicionamiento impuesto en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída establece lo siguiente:

“9.1.2. OBLIGACIONES TENDIENTES A MITIGAR EL RIESGO DE POSIBLES RESTRICCIONES

(...)

(iv) *Garantizar el acceso a todos los potenciales usuarios³ del puerto público en condiciones de no discriminación, de manera que no se impongan ventajas injustificadas sobre los usuarios accionistas del puerto en ninguno de los mercados afectados.”* (Subrayado fuera de texto)

Así, como se desprende de la lectura del condicionamiento señalado por esta Superintendencia en el numeral 9.1.2. (iv), este Despacho en ningún momento impuso a **PUERTO BAHÍA** la obligación de garantizar el acceso a todos los potenciales usuarios bajo las mismas condiciones, sin tener en cuenta otras condiciones y criterios objetivos.

En efecto, el condicionamiento establecido señala la obligación de dar acceso a todos los potenciales usuarios del puerto en condiciones de no discriminación, pero hace claridad sobre la prohibición de imponer ventajas injustificadas, por lo se sobreentiende que **PUERTO BAHÍA** puede dar un trato diferenciado a sus usuarios si existen criterios objetivos para hacerlo, y cumplir de esta manera tanto lo establecido en la Ley 1 de 1991, como el régimen de libre competencia económica.

³ “5.23. *Usuarios del puerto. Son los armadores, los dueños de la carga, los operadores portuarios y, en general, toda persona que utiliza las instalaciones o recibe servicios en el puerto”. Numeral 5.23 del artículo 5 de la Ley 1 de 1991. Cita original No. 83.*

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anterior, el Despacho no accede a la petición realizada por **SANTAMARÍA**, respecto de aclarar el alcance del condicionamiento impuesto en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída.

6.4. Sobre la petición de revocar la obligación contenida en el numeral 9.1.2 (v)

El alegado carácter excesivo estaría dado porque, en concepto de **SANTAMARÍA**, además de que la normativa aplicable a este asunto ya le prohíbe ejecutar prácticas restrictivas de la libre competencia económica, esa prohibición de discriminar frente a los potenciales usuarios del puerto fue corroborada mediante el condicionamiento previsto en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída. En relación con este aspecto, agregó que la operación de integración es de carácter vertical, de manera que la Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al tomar a las **BANANERAS** como un solo agente de mercado. En adición, adujo que, si el riesgo que motivó la imposición del condicionamiento discutido es el de la existencia de un conflicto de interés, ese es un asunto que compete al derecho societario y a otras ramas del derecho.

El argumento consistente en que el condicionamiento discutido resulta inviable se sustentó en que la participación que las **INTERVINIENTES** tendrán en **PUERTO BAHÍA** en su condición de accionistas supone la existencia de una injerencia en el desarrollo de la actividad económica que esa nueva compañía ejecutará en el mercado. En concepto de **SANTAMARÍA**, pretender que las **INTERVINIENTES** no ejerzan ninguna influencia sobre el desarrollo del objeto social de **PUERTO BAHÍA** y, en particular, sobre la manera como debe funcionar la administración, desconocería la existencia del control conjunto que podrá existir en el presente caso. Finalmente, **SANTAMARÍA** argumentó que el condicionamiento desconoce la normativa colombiana en materia de sociedades, en particular las normas que reconocen las facultades que los accionistas tienen frente a la persona jurídica a la que están vinculados en esa calidad.

Para efectos de resolver la impugnación descrita es conveniente recordar el contenido del condicionamiento previsto en el numeral 9.1.2. (v) de la Resolución Recurrída. En ese aparte la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso lo siguiente:

"9.1.2. OBLIGACIONES TENDIENTES A MITIGAR EL RIESGO DE POSIBLES RESTRICCIONES

(...)

(v) *Garantizar independencia y autonomía entre la administración de **PUERTO BAHÍA** y sus accionistas".*

El condicionamiento transcrito podría ser interpretado desde dos enfoques diferentes.

En primer lugar, podría atribuirse sentido a esa orden desde un enfoque absoluto, según el cual estaría orientada a imponer una total independencia y autonomía de la administración de **PUERTO BAHÍA** respecto de sus accionistas. Ese enfoque, llevaría a concluir que la orden de esta Superintendencia estaba dirigida a lograr que los accionistas de la nueva sociedad no tuvieran la necesaria influencia que se deriva de la participación en el capital de una persona jurídica. Así mismo, implicaría la inaplicabilidad de la normativa que atribuye unas prerrogativas a los accionistas respecto de la sociedad a la que están vinculados.

En segundo lugar, el condicionamiento analizado podría ser entendido desde una perspectiva (i) coherente con los riesgos que esta Entidad identificó para la libre competencia económica como resultado de la operación de integración, y (ii) orientada a administrarlos adecuadamente. Desde esta perspectiva es evidente que el propósito del condicionamiento impugnado no podría implicar el desconocimiento de la influencia que inevitablemente un accionista tiene sobre la persona jurídica de la que hace parte. El propósito de la medida, así entendida, consistiría en generar las condiciones necesarias para minimizar el riesgo de cierre de mercado de cara a los competidores de las

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

BANANERAS que no tendrían relación directa con **PUERTO BAHÍA**. Con ese enfoque, la decisión impugnada pretendería que, independientemente de que existan normas que prohíben la realización de comportamientos anticompetitivos por parte de **PUERTO BAHÍA**, se establecieran ciertos condicionamientos de comportamiento con el fin de mitigar los riesgos señalados.

SANTAMARÍA, en el recurso de reposición que ahora se resuelve, interpretó el condicionamiento desde la primera de las perspectivas expuestas. Solo eso explica que sus argumentos estuvieran enfocados a demostrar que el contenido de esa orden resultaba imposible de cumplir porque desconocía el propósito mismo de participar en el capital de una sociedad mercantil. Sin embargo, el sentido del condicionamiento que impuso la Superintendencia de Industria y Comercio corresponde a la segunda de las perspectivas mencionadas, pues estaba orientado a establecer condicionamientos de comportamiento que, en todo caso, respetaran las prerrogativas propias de los accionistas de **PUERTO BAHÍA**.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Superintendencia considera procedente una revisión del condicionamiento impugnado con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Para ese propósito analizará el carácter necesario de la medida impugnada sobre la base de los demás condicionamientos que fueron impuestos mediante la Resolución Recurrída.

Con el fin de desarrollar ese ejercicio, es importante tener en cuenta que, como puede inferirse mediante la explicación que se incluyó en el numeral 6.3. de este acto administrativo, el condicionamiento contenido en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída tiene el mismo propósito que el que persigue el condicionamiento ahora analizado, esto es, el previsto en el numeral 9.1.2. (v) del mismo acto administrativo.

Así, teniendo en cuenta que lo que se pretende evitar con ambos instrumentos es que la operación de integración habilite a las **INTERVINIENTES** para cerrar el mercado de cara a los competidores de las **BANANERAS** que no tendrían relación directa con **PUERTO BAHÍA**, el condicionamiento ahora analizado no resultaría necesario, pues ese propósito estaría atendido mediante la orden directa –fundada, además, en la normativa aplicable– consistente en que **PUERTO BAHÍA** garantice el acceso a todos los potenciales usuarios del puerto público en condiciones de no discriminación.

En esas condiciones, este Despacho considera que imponer un condicionamiento adicional para efectos de atender un propósito que ya se cumple con otro condicionamiento no es coherente con el carácter necesario que debe predicarse de este tipo de medidas para cumplir debidamente con los criterios de proporcionalidad indispensables en el ejercicio de la función administrativa.

Por todo lo anterior, este Despacho revocará el condicionamiento impugnado porque, aunque la manera en que **SANTAMARÍA** lo interpretó no corresponde con el contenido que la Superintendencia le atribuyó, en realidad su propósito se satisface mediante el condicionamiento previsto en el numeral 9.1.2. (iv) de la Resolución Recurrída.

Finalmente, sobre el carácter excesivo del condicionamiento impuesto en el numeral 9.1.2. (v), la Superintendencia de Industria y Comercio considera importante hacer tres precisiones sobre los argumentos contenidos en el recurso que ahora se resuelve.

En primer lugar, recuérdese que **SANTAMARÍA** argumentó que no existe posibilidad de efectos de discriminación y cierre vertical del mercado porque el análisis no puede limitarse solo a las participaciones de mercado de producción de banano para exportación, sino que se debe tener en cuenta toda la generación de carga para contenedores en la costa atlántica colombiana. En este sentido, señaló que no serán solo las **BANANERAS** las que utilizarán **PUERTO BAHÍA**, sino que se dinamizará toda la generación de carga (granel, contenedores y otros), e indicó que, teniendo en cuenta las exportaciones de las **BANANERAS** y la capacidad de **PUERTO BAHÍA**, las demás empresas generadoras de carga por contenedor, podrían utilizar una gran proporción de los

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

servicios ofrecidos en otros terminales portuarios y cerca del 40% de los servicios prestados por **PUERTO BAHÍA**.

Al respecto, este Despacho considera importante señalar que la operación proyectada, tal y como fue presentada a la Superintendencia de Industria y Comercio, podría conllevar riesgos de cierre de mercado de cara a los competidores de las **BANANERAS** que no tendrían relación directa con **PUERTO BAHÍA** y **CMA CGM**. En virtud de lo anterior, esta Superintendencia encontró necesario, independientemente de que existan normas que limitan posibles comportamientos anticompetitivos por parte de **PUERTO BAHÍA**, imponer ciertos condicionamientos de comportamiento con el fin de mitigar los efectos encontrados previamente. Lo anterior, toda vez que la existencia de las normas mencionadas no implica necesariamente que los agentes de mercado no ejecuten conductas restrictivas de la competencia. Si esta conclusión fuera cierta, esta Entidad no habría llevado a cabo ninguna investigación por prácticas restrictivas de la competencia.

En segundo lugar, sobre el argumento presentado por **SANTAMARÍA**, según el cual esta Entidad se equivocó al tomar a las **BANANERAS** como un solo agente, toda vez que la operación analizada es de carácter vertical, resulta importante indicar que, contrario a lo afirmado, el análisis que esta Superintendencia hizo de las **BANANERAS** como un solo agente, no fue porque entendiera que la operación proyectada constituía una operación horizontal, sino que éste se realizó con el fin de dimensionar las posibles restricciones verticales que se podrían derivar de llevarse a cabo la transacción proyectada.

En este sentido, se recuerda que esta Entidad en ningún momento indicó que la operación fuera de carácter horizontal, sino que reconoció expresamente que las **BANANERAS** continuarían actuando de manera independiente, al tiempo que indicó que la transacción agrupaba los intereses de empresas que representaban más del 60% del mercado de producción y comercialización internacional de banano, y cerca del 90% del mercado de producción y comercialización internacional de plátano. Los resultados anteriores le permitieron a la Superintendencia de Industria y Comercio concluir que la alta participación que tienen de manera conjunta las **BANANERAS** en los mercados señalados, junto con el control que adquirirían sobre **PUERTO BAHÍA**, suponían riesgos de discriminación hacia las compañías bananeras que no hacían parte del proyecto.

En tercer lugar, en cuanto al argumento relacionado con la inexistencia de efectos de discriminación y cierre vertical del mercado, teniendo en cuenta que quienes utilizarán la infraestructura de **PUERTO BAHÍA** no serán únicamente compañías bananeras, sino que se debe incluir toda la generación de carga para contenedores en la Costa Atlántica colombiana, resulta pertinente indicar que, si bien en el análisis de los posibles efectos verticales no se incluyó precisamente este punto, este Despacho sí tuvo en cuenta que las **BANANERAS** utilizarían aproximadamente el 60% de la capacidad instalada de carga de contenedores y que en el mercado de prestación de servicios de operación e infraestructura portuaria existen agentes de gran tamaño, ya sean puertos multipósito –como lo sería **PUERTO BAHÍA**– o puertos especializados.

No obstante lo anterior, para esta Superintendencia la relación de control de las **BANANERAS** sobre **PUERTO BAHÍA** generó preocupaciones, pues como ya se indicó, suponía riesgos de discriminación hacia competidores de las **BANANERAS** que no hacen parte del proyecto, quienes si bien puede hacer uso de la infraestructura de otros terminales portuarios, de todos modos se verían afectados por un posible trato discriminatorio por parte de **PUERTO BAHÍA**. Reconoce este Despacho que, en cualquier caso, las preocupaciones expuestas en la Resolución Recurrída se relacionan todas con el derecho de la competencia y que bajo ninguna circunstancia se ha querido proponer un análisis distinto de aquel que una Autoridad de Competencia estaría obligada a realizar en el análisis de una integración empresarial.

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

6.5. Sobre el momento en el que se hace exigible la obligación de auditoría

En este punto **SANTAMARÍA** solicitó que se aclare a partir de qué momento se hace exigible la obligación de auditoría para las partes, la cual, considera, deberá ser a partir de la entrada en funcionamiento de la terminal. Lo anterior, toda vez que existe una contradicción referente al momento en que la obligación de auditoría debe cumplirse, pues la Superintendencia de Industria y Comercio estableció términos diferentes relacionados con el proceso de auditoría de verificación del cumplimiento de los condicionamientos.

Al respecto, este Despacho encuentra que, tal y como lo indicó **SANTAMARÍA**, efectivamente existe una contradicción respecto de los términos en que debe cumplirse con las obligaciones que se derivan del proceso de auditoría.

En efecto, en el numeral 9.1.3. de la Resolución Recurrída, se estableció un término de diez (10) días contados a partir del inicio de operaciones de la terminal portuaria para que las **INTERVINIENTES** propongan tres (3) empresas de auditoría. Mientras que en el numeral 10.2.2.3. se determinó que el auditor escogido deberá allegar un (1) informe semestral a la Superintendencia de Industria y Comercio, desde la ejecutoria de la Resolución Recurrída y durante la vigencia de los condicionamientos impuestos.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el propósito de los condicionamientos impuestos por esta Superintendencia es evitar que, como consecuencia de la operación, ocurran conductas restrictivas de la competencia una vez empieza a operar **PUERTO BAHÍA**, este Despacho considera necesario ajustar el término a partir del cual el auditor debe allegar el primer informe de auditoría a esta Entidad. Lo anterior, con el fin de que esté en línea con el término en el que las **INTERVINIENTES** deben proponer la terna de auditores, y esta Superintendencia debe seleccionar la empresa encargada de verificar, monitorear y certificar el cumplimiento de los condicionamientos de comportamiento establecidos en la Resolución Recurrída.

SÉPTIMO: Por las razones anteriormente expuestas, la Superintendencia de Industria y Comercio procede a modificar el condicionamiento impuesto en la Resolución No. 44482 del 9 de septiembre de 2019, con el fin de que cumpla con el objetivo de mitigar las potenciales restricciones indebidas de la competencia que se derivarían de la operación objeto de estudio.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1: MODIFICAR los condicionamientos impuestos en los numerales 9.1.2. (i), 9.1.2. (ii) y 9.1.2. (iii) de la Resolución No. 44482 del 9 de septiembre de 2019, en el sentido de precisar en cabeza de quien quedan los condicionamientos impuestos, los cuales quedarán así:

*(i) **SANTAMARÍA, CMA, BANACOL, BANAFRUT, TROPICAL, UNIBAN, PIO y PUERTO BAHÍA**, deberán remitir a esta Superintendencia una copia del acuerdo de accionistas mediante el cual se define la estructura de control competitivo de **PUERTO BAHÍA**, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción del mismo.*

*(ii) **SANTAMARÍA, CMA, BANACOL, BANAFRUT, TROPICAL, UNIBAN, PIO y PUERTO BAHÍA**, deberán remitir a esta Superintendencia cualquier variación en la estructura de control competitivo de **PUERTO BAHÍA**, durante la etapa de construcción del terminal, y una vez finalizada la construcción, por un periodo adicional de tres (3) años.*

*(iii) **SANTAMARÍA, CMA, BANACOL, BANAFRUT, TROPICAL, UNIBAN, PIO y PUERTO BAHÍA**, deberán remitir una copia del esquema de financiación, modelo financiero y otros*

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

documentos relacionados, donde además se especifique la modalidad de inversión y los efectos que tiene este esquema en la prestación de los servicios portuarios y demás servicios relacionados con el puerto, durante la etapa de construcción del terminal.”

ARTÍCULO 2: REVOCAR el numeral 9.1.2. (v) de la Resolución No. 44482 del 9 de septiembre de 2019.

ARTÍCULO 3: MODIFICAR el numeral 10.2.2.3. de la Resolución No. 44482 del 9 de septiembre de 2019, precisando el término a partir del cual el **AUDITOR** debe presentar sus informes a la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual quedará así:

*“El **AUDITOR** deberá allegar un (1) informe semestral a esta Superintendencia, desde el inicio de operaciones de la terminal portuaria y durante la vigencia de los condicionamientos impuestos en el presente acto administrativo.”*

ARTÍCULO 4: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 44482 del 9 de septiembre de 2019.

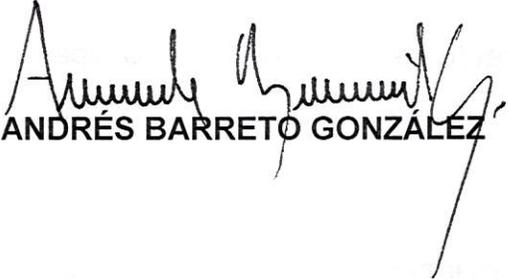
ARTÍCULO 5: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **AGRÍCOLA SANTAMARÍA S.A.S.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 6: PUBLICAR en la página *web* de la Superintendencia de Industria y Comercio, y una vez en firme, la versión pública de esta resolución. Lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **22 NOV 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: C. Liévano
Revisó: F. Melo
Aprobó: J.P. Herrera

Por la cual se condiciona una operación de integración

Rad. No. 18-270374

VERSIÓN ÚNICA

NOTIFICACIONES:

AGRÍCOLA SANTAMARÍA S.A.S.

NIT. 890.930.060-1

Apoderado

GABRIEL ARMANDO SÁNCHEZ BLANCO

C.C. No. 79.938.710

T.P. No. 135.987 del C. S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52 Torre A, Piso 5

Bogotá D.C.

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

