

D-13545
OK

Bogotá, D.C. octubre 21 de 2019

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad

71001-09

4:45 PM
Jv-

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, – Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".



Yo, **HUGO PALACIOS MEJÍA**, ciudadano, identificado como aparece al pie de mi firma, con todo respeto, obrando en nombre propio y en ejercicio del derecho que otorga el numeral 6 del artículo 40 en concordancia con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, y con fundamento en el Decreto Reglamentario 2067 de 1991, interpongo **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 – Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

Las normas contra las cuales se dirige esta demanda infringen los artículos 2, 93, 157, 158, 333, 341, 342, 365 y 369 de la Constitución Política de 1991.

I. PRETENSIONES.

Con todo respeto, solicito:

1. Que se declare **INEXEQUIBLE** el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 – Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad" (de ahora en adelante "PND"), en su totalidad.
2. Que la declaración se haga con efectos a partir de la fecha de la sentencia; y que, para asegurar la eficacia de los artículos 2, 93, 157, 158, 333, 339, 340, 341, 342, 365 y 369 de la Constitución sin que la declaración produzca un vacío normativo se disponga en la sentencia que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas ejercer las facultades que les dan la Constitución y la ley en relación con las integraciones verticales en el sector eléctrico.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la norma demandada es el siguiente:

Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019
Ley 1955 de 2019
(mayo 25)

Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

"Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"

El Congreso de Colombia

Decreta (...)

ARTÍCULO 298. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

Sustitúyase el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 por el siguiente:

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada. Esta disposición aplicará también para las empresas que tengan el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos de que trata el presente artículo y en los casos en que la integración existiere previamente a la expedición de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el presente artículo, en relación con la concurrencia de actividades de comercialización, generación y distribución en una misma empresa o en empresas con el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

PARÁGRAFO 2o. Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado. Esta restricción no aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que están exceptuados de esta restricción. El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer un porcentaje inferior a este 40%.



Me referiré a este artículo como: artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, o, simplemente, como: artículo 298 del PND

III. SÍNTESIS DE LOS CARGOS

1.-El contenido "cierto" del artículo 298 del PND.

Antes de presentar la guía de la lectura de las razones por las cuales consideramos que el artículo 298 del PND es inconstitucional, conviene explicar cuál es, con base en su texto pero sin ceñirse a su redacción literal, el contenido "cierto" de esa norma, en el cual nos fundamos para presentar los cargos que contiene esta demanda:

a.-El artículo 298 del PND sustituye el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, que era del siguiente tenor:

ARTÍCULO 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

b.-Todas las empresas del sector eléctrico, no importa la época de su constitución, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

c.-Todas las empresas que tengan como objeto prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, y que tengan el mismo controlante, o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

d.-La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá establecer la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos a los que se refieren los literales "b" y "c" anteriores.

e.-La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá establecer la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos a los que se refieren los literales "b" y "c" anteriores.

f.-La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el artículo 298, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

g.- Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, y que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

h.-La prohibición a la que se refiere el literal "g" anterior no se aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que tales procesos están exceptuados de esta restricción.

i.-El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer que una empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, y que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, no podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, porcentajes que sean inferiores al 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

2.-Guía de las razones que se expondrán en la demanda para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 298 del PND.

Solo para que sirva de guía en la lectura de la demanda, y sin perjuicio de las razones detalladas que se exponen en cada cargo, se informa que la demanda se refiere a los cargos que aparecen en seguida.

1. **Viola los artículos 157, 158, 341 y 342, entre otros, de la Constitución Política, en lo que se refiere al principio de "consecutividad".** De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, todos los artículos de una ley deben referirse a temas que se han planteado en los distintos debates previstos para ella. El artículo 298 del PND es inconstitucional porque fue introducido para el segundo debate de la Ley del PND, y su contenido particular es un asunto nuevo frente a los planteamientos originales que se hicieron en la exposición de motivos y en las Bases del Plan. En efecto, la posibilidad de "integración vertical" entre los distintos actores que hacen parte del sistema de energía nacional no había sido discutido ni planteado con anterioridad en el trámite legislativo de la ley del Plan, hasta la introducción del artículo demandado.
2. **Viola los artículos 157, 158, 341 y 342 entre otros, de la Constitución Política, en lo que se refiere al principio de "unidad de materia".** De acuerdo con el artículo 158 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, todos los artículos de una ley deben de guardar una relación directa con los temas que hacen parte de ésta. Si bien, por su naturaleza, las leyes que hacen parte de los planes de desarrollo tratan temas diversos, no por ello dejan de estar sujetos a este principio. El artículo 298 del PND es inconstitucional porque su contenido particular no tiene conexión directa e inmediata con las Bases de dicho plan, ni con sus otros elementos, especialmente en lo que se relaciona con la prestación eficiente de los servicios públicos. En efecto, aunque las Bases del Plan contienen objetivos relacionados con mejorar la prestación de tales servicios, en ninguna parte de ellas se indicó que la manera de hacerlo sería permitiendo la integración vertical entre las distintas empresas que hacen parte del sector de energía eléctrica.
3. **Viola, entre otros, los artículos 2, 93, incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 333, y 365 de la Constitución Política, en lo que se refiere al derecho constitucional a la "libre competencia" y la "prevención del abuso de la posición**



dominante". El artículo 333 de la Constitución Política ordena limitar el derecho a la libre empresa, si es necesario para proteger el bien común y el interés social del cual hace parte el derecho que tienen los usuarios de servicios públicos a beneficiarse de la libre competencia; y ordena evitar los abusos que pueden surgir al crearse situaciones de posición dominante. El artículo 298 del PND es regresivo, pues aumenta el riesgo de abusos de la posición dominante por parte de empresas del sector eléctrico que ahora se podrán integrar verticalmente y realizar simultáneamente actividades de generación, comercialización y distribución de energía.

IV. ANTECEDENTES: EL TRÁMITE DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018 – 2022 EN EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Los primeros dos cargos contra el artículo 298 del PND que presenta adelante esta demanda se basan en irregularidades en el trámite legislativo de dicho artículo; en particular, en la falta de "unidad de materia" frente a las Bases del PND, y en su falta de "consecutividad" entre las etapas que exigen la Constitución y la ley para el artículo pudiera ser aprobado. Por eso, a continuación, se resume el trámite legislativo del PND y del artículo aquí demandado; en relación con éste trámite pediremos adelante pruebas, según autoriza el artículo 10 del Decreto 2067 de 1991.

1.-El 6 de febrero de 2019, el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo (en adelante "PND"), a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público, con su correspondiente exposición de motivos, y lo radicó en la Secretaría General de la Cámara de Representantes con el número 311 de 2019 y en la Secretaría General del Senado con el número 227 de 2019. Así cumplió con el artículo 341 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 152 de 1994, según los cuales el proyecto de la Ley cuatrienal del Plan de Desarrollo debe presentarse antes del 7 de febrero del año siguiente a la iniciación del período presidencial respectivo.

2.-El 19 y 20 de febrero de 2019 se llevaron a cabo sesiones conjuntas de las comisiones Terceras y Cuartas de Cámara y Senado para escuchar la presentación del proyecto del PND por parte del Gobierno nacional.

3.-El 22 de febrero se designaron los 55 coordinadores y ponentes del proyecto de Ley del PND, para comenzar la discusión de fondo. Inicialmente se citó a las comisiones económicas conjuntas para escuchar a la Directora del Departamento Nacional de Planeación (DNP) y al Ministro de Hacienda; sin embargo, la mayoría de las reuniones se desarrollaron en el Ministerio de Hacienda.

4.-El Proyecto de Ley fue publicado en la Gaceta del Congreso N° 033 de 2019 del 7 de febrero de 2019 y únicamente comprendía 183 artículos, **dentro de los cuales no se encontraba el texto del actual artículo 298 del PND.**

5.-En las Gacetas No. 130, de la Cámara y 131 del Senado, del 19 de marzo de 2019, se publicó el Informe de ponencia, negativa, para primer debate, del proyecto del PND, que realizaron los congresistas Wilson Neber Arias Castillo, Aida Yolanda Avella Esquivel, Gustavo Bolívar Moreno, David Racero, Carlos Alberto Carreño y Jairo Reinaldo Cala Suárez. En este informe, los congresistas solicitaron a las Mesas Directivas de las Comisiones Económicas de Senado y Cámara archivar el proyecto de ley. Dicho informe fue publicado de nuevo en la Gaceta No. 133, de la Cámara, del 19 de marzo de 2019

6.-En las Gacetas Nos. 135 (Senado) y 136 (Cámara), del 20 de marzo de 2019 aparecen las publicaciones de las ponencias positivas.

7.-Una vez se agotó el estudio en cada una de las subcomisiones (Equidad, Legalidad, Emprendimiento y Económica), entre el 11 y 19 de marzo de 2019, los congresistas designados como ponentes sesionaron de manera conjunta con el fin de aprobar el articulado que se presentaría **en el primer debate a las Comisiones Económicas Conjuntas de Senado y Cámara**. Para esto, revisaron los textos incluidos en el proyecto de ley, las proposiciones congresuales radicadas en la Secretaría de la Comisión Tercera de la Cámara y las modificaciones sugeridas por el Gobierno Nacional.

8.-El artículo 156 del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) dispone que la publicación de los "Informes de ponencia" en la Gaceta del Congreso se hará dentro de los tres días siguientes a su presentación. La fecha de radicación de los "Informes de ponencia" no está en las Gacetas. Sin embargo, la información verbal que se recibió en el Congreso sobre las fechas de radicación de las ponencias indica:



- Ponencia negativa (Gaceta 130 del 19 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia negativa (Gaceta 131 del 19 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia negativa (Gaceta 133 del 19 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 135 del 20 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 136 del 20 de marzo de 2019). **Radicada el 19 de marzo de 2019.**
- **Primer debate:** 22 de marzo de 2019. (Gaceta 211 del 9 de abril de 2019, página 99).

9.-En la sesión del 19 de marzo de 2019, **el Gobierno propuso nuevos artículos** ante los coordinadores y ponentes del proyecto de Ley **para primer debate**. Las proposiciones fueron publicadas en las Gacetas del Congreso N° 135 y 136 del 20 de marzo de 2019 (el informe de ponencia positiva para primer debate que elaboraron los coordinadores de las Comisiones Conjuntas Tercera y Cuarta de Cámara y Senado incluía el acta de la sesión del 19 de marzo de 2019.) Los artículos propuestos por el Gobierno en primer debate vendrían a ser los artículos 298 y 18 del PND, respectivamente.

10.-El 20, 21 y 22 de marzo se llevó a cabo el **primer debate del proyecto del PND en las Comisiones Terceras y Cuartas Conjuntas** de la Cámara de Representantes y del Senado de la República. El 20 de marzo se discutió (i) la primera ponencia negativa radicada, publicada en las Gacetas N° 130 y 131 de 2019, (ii) la segunda ponencia negativa radicada, publicada en la Gaceta N° 133 de 2019. Por su parte, el 21 de marzo las Comisiones Conjuntas de Cámara y Senado se reunieron para discutir la ponencia positiva para **primer debate**, publicada en las Gacetas N° 135 y 136 de 2019.

11.-En la sesión del 21 de marzo únicamente hubo quórum deliberatorio y decisorio en tres de las cuatro Comisiones Conjuntas, pues en la Comisión Cuarta del Senado solo hubo quórum deliberatorio.

12.-El día 22 de marzo de 2019, **en sesión conjunta**, el Proyecto fue aprobado en **primer debate por las comisiones Terceras y Cuartas Constitucionales Permanentes** del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. El acta correspondiente a esta sesión conjunta aparece en la Gaceta del Congreso N° 211 del 9 de abril de 2019.

13.-Con la aprobación del 22 de marzo se dio cumplimiento al artículo 20 de la Ley 152 de 1994 (Orgánica de Planeación), que ordena que **el primer debate** se surta **conjuntamente** en estas comisiones, dentro de un plazo improrrogable de cuarenta y cinco días contados a partir de la presentación del proyecto; y se cumplió también el segundo inciso del artículo 169 de la Ley 5ª de 1992, que contiene similar indicación.

14.-Los días 3, 4, 8, 9, 10, 11 y 23 de abril de 2019, los ponentes y coordinadores se reunieron con el equipo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del DNP, "con el fin de definir la metodología para la discusión **en segundo debate** del articulado aprobado en primer debate y de las proposiciones presentadas sobre cada uno de los artículos, así como definir la inclusión de artículos nuevos"¹. Así, teniendo en cuenta las opiniones del Ministerio de Hacienda y el DNP, los ponentes propusieron ajustes al proyecto aprobado. Además, propusieron el siguiente texto:

ARTÍCULO NUEVO. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. En la actualidad y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, sólo las empresas que se hayan constituido con posterioridad a la vigencia de dicha ley, tienen prohibido desarrollar las actividades de comercialización y al tiempo las de generación y distribución de energía, toda vez que según la restricción contenida en esa norma, las empresas comercializadoras, sólo pueden desarrollar dicha actividad en conjunto con una de las dos actividades.

Se tiene sin embargo, que dicha restricción aplica actualmente para muy pocas empresas, toda vez que la mayoría de los participantes en el mercado de energía eléctrico en Colombia, se constituyeron con anterioridad a la Ley 143 de 1994. Se ha identificado en esa medida, que dicha disposición genera una distorsión y unas desigualdades en el mercado de energía, que no fomentan la existencia de más competencia en condiciones de paridad para todos los agentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que con el fin de promover la sostenibilidad y la competencia en el sector energético colombiano, de forma que todos los agentes compitan en igualdad de condiciones, y que con ello hayan más participantes que permitan continuar expandiendo el servicio de energía eléctrica en Colombia, se permita que las empresas comercializadoras de energía, puedan también adelantar las actividades de distribución y/o generación, de forma que dicha posibilidad sea la misma para empresas constituidas antes y después de la Ley 143 de 1994.

Lo anterior bajo el entendido de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, debe establecer las condiciones necesarias para que dicha integración no genere efectos nocivos para la competencia. Lo anterior en la medida en que es más eficiente para el mercado de energía, que no se establezca un límite absolutamente rígido, sino en su lugar, políticas y regulaciones que atiendan a la realidad móvil y dinámica del mercado de energía, lo que a su vez requiere que las disposiciones por las cuales se protege la competencia atiendan a dicho dinamismo.

En ese mismo orden, teniendo en cuenta esta posibilidad de integración, y con el fin de asegurar que no existan abusos de posición dominante en el mercado de energía, se establece una limitación para las empresas con una participación importante en el mercado, de forma que no puedan comprar más

¹ Página 3 de la Gaceta 272 del 26 de abril de 2019. (Subrayado ajeno al original)

de un porcentaje específico de la energía que estas mismas generan o que generan empresas afiliadas a su mismo grupo empresarial, para atender la energía demandada por su mercado relevante. Con esto se permite que los precios de la energía sean más competitivos y eficientes.

15.- Este artículo nuevo tiene relación con lo que vendría a ser el artículo 298 del PND, contra el cual se dirige esta demanda.

16.- En la Gaceta 246 del 24 de abril de 2019 se publicó el informe de ponencia negativa **para segundo debate** del PND que recibió la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes. Esta ponencia fue elaborada por los representantes Catalina Ortiz Lalinde, Katherine Miranda Peña, David Ricardo Racero Mayorca, Jairo Reinaldo Cala Suárez, y Carlos Alberto Carreño Marí, quienes manifestaron:

...durante la mayor parte del tiempo, el Gobierno presentó numerosas modificaciones a los artículos que había entregado con el proyecto original e innumerables artículos nuevos que iba entregando de manera desordenada y sorpresiva, sobre los cuales ni los ponentes ni la ciudadanía estaban advertidos.

El viernes 22 de marzo fue aprobado en comisiones económicas conjuntas, de manera abrupta y en cuestión de minutos, sin discusión ni debate alguno el Plan Nacional de Desarrollo, a oscuras sobre el contenido que estaba siendo aprobado, toda vez que pocas horas antes, a escasos dos días de vencerse el plazo legal para la aprobación del Plan en primer debate, el Gobierno nacional y los ponentes que apoyaban el texto presentaron ponencia de 900 páginas con 321 artículos que modificaban decenas de leyes vigentes; 126 artículos eran adicionales a los que habían entregado inicialmente. Era imposible que en ese escaso margen de tiempo estudiar, analizar y comprender tan extensa, novedosa y compleja materia, por lo cual numerosos congresistas nos ausentamos del recinto en actitud de protesta. Como si fuera poco, durante dicha sesión fueron aprobados, por la mayoría de los presentes, diez artículos nuevos cuyo contenido los congresistas ponentes y los miembros de las comisiones desconocíamos por completo”²

17.- Las modificaciones señaladas arriba fueron incluidas en el informe de ponencia positiva **para segundo debate**, publicado en las Gacetas del Congreso N° 272 y 273 del 26 de abril 2019.

18.- Para los segundos debates, los informes de ponencia se publicaron en forma oportuna:

- Ponencia negativa (Gaceta 246 del 24 de abril de 2019). **Radicada el 23 de abril de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 272 del 26 de abril de 2019). **Radicada el 26 de abril de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 273 del 26 de abril de 2019). **Radicada el 26 de abril de 2019.**
- Ponencia negativa (Gaceta 274 del 26 de abril de 2019). **Radicada el 23 de abril de 2019**
- Ponencia negativa (Gaceta 287 del 30 de abril de 2019). **Radicada el 30 de abril de 2019.**
- **Segundo debate:** 30 de abril, 1 y 2 de mayo de 2019. (Gaceta 293 del 2 de mayo de 2019, página 293)

² Página 15 de la Gaceta 246 del 24 de abril de 2019.

19.-De este modo se cumplió con el artículo 156 del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992).

20.-En sesiones plenarias de la Cámara de Representantes, realizadas el 30 de abril, y el 1 y 2 de mayo de 2019 fue aprobado **en segundo debate** el texto definitivo del Proyecto de Ley 311 de 2019 Cámara y 227 de 2019 Senado (el proyecto del PND), según consta en la Gaceta del Congreso N° 293 del 2 de mayo de 2019.

21.-Por su parte, en sesión plenaria del Senado de la República del 2 de mayo de 2019, con 57 votos fue aprobado en segundo debate el texto definitivo del proyecto del PND, texto publicado en la Gaceta N° 315 del 7 de mayo de 2019. El Senado de la República acogió, en su totalidad, el texto aprobado por la Cámara de Representantes.

22.-El 25 de mayo de 2019 se impartió sanción presidencial al proyecto del PND, convirtiéndose en la Ley 1955 de 2019. Se publicó en el DIARIO OFICIAL, No. 50.964, del 25 de mayo de 2019.

V. CARGO PRIMERO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE "CONSECUTIVIDAD".

Todas las leyes de Planes de Desarrollo que expide el Congreso de la Republica están sujetas al principio de "consecutividad", de acuerdo con principios comunes a otras leyes pero que tienen aplicación especial en el caso de las leyes de Planes. Ello consta en los artículos 157, 158, 341 y 342 de la Constitución, en concordancia con el artículos 21, 22 y 23 de la Ley 152 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En el caso particular de la Ley del PND 2018 – 2022, el artículo 298 es inconstitucional porque viola el principio de "consecutividad", como explico a continuación.

1. La doctrina constitucional sobre el principio de "consecutividad" y las facultades del Congreso para modificar el proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo

Como mencionamos atrás, los Planes Nacionales de Desarrollo están compuestos por una "parte general" que contiene Bases (propósitos, objetivos, metas), y por un Plan de inversiones (Art. 339 de la Constitución). Corresponde al Gobierno Nacional elaborar el proyecto y presentarlo para aprobación del Congreso de la República. Con todo, pese a que el Plan es de estricta iniciativa gubernamental, el Congreso puede introducir modificaciones al texto, en el trámite legislativo, **siempre que las modificaciones se refieran exclusivamente al Plan de Inversiones**, como manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-305 de 2004, ya referida³.

Es claro, según el texto del inciso final del artículo 341 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el Congreso estaba legalmente facultado para hacer modificaciones al proyecto que se convirtió en Ley 1955 de 2009, **inclusive añadiendo artículos nuevos en las sesiones plenarias**. La jurisprudencia, entonces, sustenta la constitucionalidad de algunos de los cambios que se hicieron en el trámite del PND entre primero y segundo debate para varios artículos. La jurisprudencia y el artículo 342 de la Constitución, como mostraremos adelante, **sustenta la inconstitucionalidad del trámite que se dio al artículo 298 como artículo nuevo en segundo debate**.

³ Corte Constitucional, "Sentencia C-305 del 30 de marzo de 2004", ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Exp. D-4726 y 4730 acumulados.

En efecto, sentencias como la C-305 de 2004, de la cual fue ponente Monroy, trataron el asunto de los trámites a los que debe someterse el PND en el Congreso y, en general, el trámite de las leyes. La sentencia C-305 se refirió a unas demandas contra el "Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006". La Corte, en esa sentencia, fue categórica en afirmar que en los segundos debates las Cámaras pueden introducir artículos nuevos a un proyecto. Sin embargo, **limitó esta posibilidad, en el sentido de precisar que el tema del artículo nuevo debe haber figurado en el primer debate.** Este requisito es una manifestación del llamado "principio de consecutividad", que se refiere a la **continuidad y relativa coincidencia** que debe haber en el trámite de los proyectos de Ley respecto de los asuntos a los que el proyecto se refiere.

La Corte ha avanzado en el examen del principio de "consecutividad", como puede verse en la sentencia C-084 de 2019. En esta providencia, la Corte precisó los requisitos para que un artículo que se introdujo en segundo debate pueda ser considerado constitucional. En esa sentencia dijo:

14. Frente al problema de los supuestos en los cuales las modificaciones o adiciones a los proyectos de Ley en segundo debate presentan una relación material con el contenido general de la iniciativa aprobada en primer debate, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe identificarse una **conexidad clara y específica estrecha, necesaria y evidente.** Así mismo, ha planteado un conjunto de pautas orientadas a determinar los casos de incorporación de temas nuevos de un proyecto de ley. En este sentido, ha señalado: (i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente; (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición esté comprendida dentro de lo previamente debatido; (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de Ley en su conjunto, no de un artículo específico; (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema:

15. Ahora bien, un problema relevante, frente al cual en el presente proceso se ha generado el principal desacuerdo, tiene que ver con los supuestos en los cuales una norma introducida en segundo debate, guarda alguna relación con una de las materias sobre las cuales se han discutido y votado iniciativas en primer debate. **No se trata de una relación general con el Proyecto de Ley, a lo cual reconduciría el principio de unidad de materia,** sino de casos en que pueden identificarse ciertos aspectos comunes entre la norma introducida y los temas alrededor de los cuales fueron discutidas y votadas normas en primer debate. La pregunta que plantean estos eventos es si tales coincidencias o, en otras palabras, cualquier cercanía temática entre la proposición nueva y lo debatido y votado por las comisiones es suficiente para entender satisfechos los principios de **consecutividad e identidad flexible.**

16. A la luz de la jurisprudencia constitucional, la respuesta a lo anterior ha consistido en que se desconocen los referidos principios si, **no obstante, la norma novedosa tiene proximidad temática con los asuntos discutidos y votados en primer debate, implica en lo fundamental una materia autónoma e independiente de aquellos.** El precepto incorporado en plenarios no es totalmente extraño a los temas del proyecto de Ley conocidos en primer debate. Sin embargo, por sus características, **en realidad plantea un objeto material de regulación sustancialmente distinto,** de tal manera que "su temática le brinda cierta autonomía hasta el punto de que podría plasmarse en un proyecto independiente".

(...)

En consecuencia, la Corte ha considerado que pese a que los temas alrededor de los cuales han girado las iniciativas en primer debate han sido debidamente discutidos y votados, respecto de la norma novedosa **se produce una elusión material del debate**, porque sobre la materia que ella implica las comisiones constitucionales permanentes o las plenarias no han cumplido el deber de manifestar su voluntad política en el sentido de aprobarla o negarla. Este criterio puede apreciarse en varios pronunciamientos (...) (Negrillas y subrayados ajenos al original y referencias omitidas)

En conclusión, el principio de **consecutividad** es particularmente relevante a la hora de analizar la constitucionalidad del artículo 298 del PND, debido precisamente a que fue introducido en el segundo debate de la mencionada ley; y porque tiene una relación remota con otros temas que hacen parte del PND. Pero hay argumentos adicionales para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 298, como nuestro a continuación.

2. El análisis concreto: el "principio de consecutividad" y el artículo 298 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022

Como mencionamos atrás, los días 3, 4, 8, 9, 10, 11 y 23 de abril de 2019, los ponentes y coordinadores se reunieron con el equipo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del DNP, "con el fin de definir la metodología para la discusión en segundo debate del articulado aprobado en primer debate y de las proposiciones presentadas sobre cada uno de los artículos, así como definir la inclusión de artículos nuevos"⁴. Así, teniendo en cuenta las opiniones del Ministerio de Hacienda y el DNP, los ponentes propusieron ajustes al proyecto aprobado, y propusieron el siguiente texto:

ARTÍCULO NUEVO. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. En la actualidad y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, sólo las empresas que se hayan constituido con posterioridad a la vigencia de dicha ley, tienen prohibido desarrollar las actividades de comercialización y al tiempo las de generación y distribución de energía, toda vez que según la restricción contenida en esa norma, las empresas comercializadoras, sólo pueden desarrollar dicha actividad en conjunto con una de las dos actividades.

Se tiene sin embargo, que dicha restricción aplica actualmente para muy pocas empresas, toda vez que la mayoría de los participantes en el mercado de energía eléctrico en Colombia, se constituyeron con anterioridad a la Ley 143 de 1994. Se ha identificado en esa medida, que dicha disposición genera una distorsión y unas desigualdades en el mercado de energía, que no fomentan la existencia de más competencia en condiciones de paridad para todos los agentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que con el fin de promover la sostenibilidad y la competencia en el sector energético colombiano, de forma que todos los agentes compitan en igualdad de condiciones, y que con ello hayan más participantes que permitan continuar expandiendo el servicio de energía eléctrica en Colombia, se permita que las empresas comercializadoras de energía, puedan también adelantar las actividades de distribución y/o

⁴ Página 3 de la Gaceta 272 del 26 de abril de 2019.

generación, de forma que dicha posibilidad sea la misma para empresas constituidas antes y después de la Ley 143 de 1994.

Lo anterior bajo el entendido de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, debe establecer las condiciones necesarias para que dicha integración no genere efectos nocivos para la competencia. Lo anterior en la medida en que es más eficiente para el mercado de energía, que no se establezca un límite absolutamente rígido, sino en su lugar, políticas y regulaciones que atiendan a la realidad móvil y dinámica del mercado de energía, lo que a su vez requiere que las disposiciones por las cuales se protege la competencia atiendan a dicho dinamismo.

En ese mismo orden, teniendo en cuenta esta posibilidad de integración, y con el fin de asegurar que no existan abusos de posición dominante en el mercado de energía, se establece una limitación para las empresas con una participación importante en el mercado, de forma que no puedan comprar más de un porcentaje específico de la energía que estas mismas generan o que generan empresas afiliadas a su mismo grupo empresarial, para atender la energía demandada por su mercado relevante. Con esto se permite que los precios de la energía sean más competitivos y eficientes

Este artículo nuevo vendría a ser el artículo 298 del PND. Este texto fue modificado luego hasta convertirse en el artículo demandado y transcrito a inicio de esta demanda.

A la luz de los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 152 de 1994 y de la jurisprudencia referida en el numeral anterior, el artículo 298 del PND, sobre la integración vertical de la industria eléctrica, y que apareció solo con oportunidad del segundo debate, no tiene **"conexidad clara y específica, estrecha, necesaria y evidente"** ni con las Bases del PND ni con los artículos que se habían discutido y aprobado en el primer debate. Ello implica una violación del principio de consecutividad que consagran esos artículos, por orden de los artículos 341 y 342 de la Constitución. Por lo cual el artículo 298 es inconstitucional, como solicitamos que se declare.

El artículo 298 trata sobre el tema de la "estructura de la industria eléctrica" en el país, mientras que los otros artículos sobre asuntos del sector eléctrico versaban sobre la forma de organizar los **contratos** de compra de energía, o sobre la **estructura tarifaria** especial para el mercado de Electricaribe, o sobre unos tributos para el consumo de energía o para la Superintendencia y las comisiones de regulación. No es posible afirmar que este artículo 298, que autoriza la "integración vertical" de la industria eléctrica, era **"necesario"** para la adecuada comprensión o desarrollo de los objetivos que aparecen en las Bases, ni de los artículos aprobados en primer debate y relativos al sector.

Además, es claro que el artículo 298 **habría podido ser parte de un proyecto de Ley independiente**, que reformara la Ley 143 y el régimen legal aplicable al servicio de energía eléctrica; o -inclusivo de un proyecto de un solo artículo!- sobre integraciones verticales en la industria, tema éste que es, en sí mismo, de suficiente importancia como para merecer una ley especial.

De hecho, si este artículo 298 no se hubiese incluido en la Ley PND, su ausencia no afectaría en absoluto la aplicación de los otros artículos del PND, o el cumplimiento de los objetivos del mismo. Como se observa *prima facie*, el artículo ni siquiera menciona o alude a cualquiera otra norma de la Ley 1955.

La relación de este artículo con los temas aprobados en primer debate no era, pues, clara y específica, estrecha, necesaria y evidente, por lo que su aprobación violó lo el principio de consecutividad.

Por lo tanto, aplicando los artículos 157, 158, 341 y 342 de la Constitución, en concordancia con los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 152 de 1994 y los criterios de la jurisprudencia que aparecen, entre otras, en la sentencia C-084 de 2019, la introducción de este artículo 298 en segundo debate del proyecto que se convirtió en la Ley 1955 rompió el "principio de consecutividad", y debe ser declarado inexecutable, como pedimos con todo respeto.

VI. CARGO SEGUNDO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE "UNIDAD DE MATERIA"

De manera general, todas las leyes que expide el Congreso de la Republica están sujetas al principio de "unidad de materia" según el artículo 158 de la Constitución Política. Esta regla se aplica también a la Ley del PND. En el caso particular de la Ley del PND 2018 – 2022, el artículo 298 es inconstitucional porque no solo no guarda "unidad de materia" con los otros elementos del PND de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como explicamos a continuación; sino que, además, se opone a lo que en forma explícita dicen las Bases del PND sobre integraciones en el sector eléctrico.

1. La doctrina constitucional sobre el principio de unidad de materia y la Ley del Plan Nacional de Desarrollo

El PND es una Ley especial, en varios sentidos. En primer término, su trámite difiere del que se aplica para producir las leyes ordinarias. Pero, sobre todo, su contenido está determinado por el artículo 341 de la Constitución y por la Ley 152 de 1994; esta última, a su vez, ha tenido algunos cambios derivados de la Ley 1473 de 2011 (Regla Fiscal) y, en un asunto menor, por la Ley 290 de 1996.

Debido a su propósito especial dentro de la institucionalidad económica colombiana, el PND tiene tres tipos de elementos o componentes: las Bases (objetivos y metas), el Plan de inversiones y las disposiciones instrumentales. El artículo 298 es una disposición "instrumental o mecanismos de ejecución" (Numeral 3 del artículo 150 e inciso tercero del artículo 341 de la Constitución; y artículo 6, literal "d" de la Ley 152 de 1994). Como tal, y según el numeral 3 del artículo 150 de la Constitución, puede modificar el régimen de los servicios públicos de energía, si lo que establece es "necesario" para impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan de inversiones públicas.

El principio de "unidad de materia" que contiene el artículo 158 de la Constitución Política, y que se aplica a todas las leyes recibe un tratamiento "especial" por parte de la Corte Constitucional cuando debe aplicarlo al PND, tal como puede apreciarse en la sentencia C-092 de 2018, de la cual fue ponente el Magistrado Rojas Ríos. En esta sentencia se hace referencia a sentencias anteriores de la Corte sobre la misma materia, en particular a la C-305 de 2004, cuyo ponente fue Monroy, y a la providencia C-016 de 2016, cuyo ponente fue Linares. Ese tratamiento "especial" surge del hecho de que un PND debe referirse a muchísimos asuntos de interés para el desarrollo del país, por lo que el principio de "unidad de materia" resulta mucho más difícil de interpretar y aplicar respecto de un PND que frente a las demás leyes que, por lo general, solo se refieren a un asunto determinado.

El principio de "unidad de materia" exige identificar, en primer término, los núcleos temáticos de la Ley del PND, con cada uno de los cuales cada una de sus partes debe guardar una vinculación objetiva y razonable. La Corte Constitucional tiene en cuenta que, por su naturaleza, es natural que el PND se refiera a múltiples materias, pero sostiene que, en todo caso, debe aplicarse en la ley del PND de modo estricto el principio de "unidad de materia". Hay tres razones para ello: (i) la importancia del PND en el sistema

de fuentes del derecho; (ii) **las excepciones al principio democrático que se aplican al origen y trámite del proyecto del PND en el Congreso**; y (iii) para que la multiplicidad de asuntos propios del PND no haga inoperante el principio mismo de "unidad de materia", de acuerdo con las sentencias C-016 de 2016 y C-092 de 2018, ya referidas. Al aplicar de modo **estricto** el principio de "unidad de materia" respecto del PND, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 341 de la Constitución, el Plan de Inversiones -la única parte del Plan que según la Constitución debe expresarse por medio de una Ley que tiene prioridad sobre las demás leyes, - debe incluir "mecanismos" idóneos para su ejecución: por este motivo, es razonable y necesario que el PND incluya artículos, que obran como elementos "instrumentales" o "mecanismos idóneos" para la ejecución de los objetivos, las metas y las inversiones del Plan.

La jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-305 de 2004, cuyo ponente fue Monroy, **extiende a todo el PND el privilegio de incluir mandatos idóneos para su ejecución**, privilegio que, en principio, según el inciso tercero del artículo 341 constitucional, solo sería predicable del Plan Nacional de Inversiones. Pero, aun así, según tal sentencia, los artículos que contienen disposiciones "instrumentales", ya se trate de instrumentos presupuestales o simplemente normativos, deben guardar "unidad de materia" con los otros elementos del PND, en la medida en la que, precisamente, sirvan para su ejecución. Ello quiere decir que, en relación con las Bases del PND, las disposiciones "instrumentales" deben guardar "unidad de materia", esto es, deben ser **"directa e inmediatamente adecuadas" para hacer efectivos los objetivos y metas** del PND. La **"conexión inmediata"** significa que la norma instrumental no ha de requerir otra circunstancia adicional a su propio cumplimiento para ser efectiva respecto de las metas u objetivos del plan, de acuerdo con la sentencia C-376 de 2008, cuyo ponente también fue Monroy.

En otras sentencias la Corte elaboró con mayor detalle los criterios para determinar si existe conexidad y, por lo tanto, "unidad de materia" entre las diversas normas de una ley; y aplicó luego esos criterios para definir si también en las leyes que aprueban el PND existe "unidad" **por la conexión entre objetivos y metas y las normas instrumentales**, de acuerdo con la sentencia C-016 de 2016, ya referida. Según esta sentencia, la unidad puede cumplirse por una **conexidad temática, causal, teleológica, metodológica y sistemática**.

Aunque algunas veces la Corte adoptó criterios muy laxos para analizar la conexión que requiere el cumplimiento de la regla de unidad de materia en las leyes comunes y en las de PND (C-363 de 2012, ponente Vargas), las sentencias más recientes adoptan un criterio estricto sobre el asunto. Por eso, para analizar la unidad de materia entre el artículo 298 y sus respectivas Bases (objetivos, metas, inversiones) del Plan, esta demanda se apoya ante todo en las sentencias C-305 de 2004, C-376 de 2008, C-16 de 2016 y C-092 de 2018.

En todo caso, es importante destacar que aún si una norma "instrumental" del PND – como el artículo 298 aquí demandado – cumple con el principio de "unidad de materia", ello no basta para sostener que está conforme con la Constitución. Por el contrario, además de cumplir el requisito de "unidad de materia", tanto el trámite como el contenido de los diversos artículos del PND deben satisfacer los demás requisitos constitucionales, como el principio de "consecutividad" y no afectar la "libre competencia".

2. El análisis concreto de la "unidad de materia" del artículo 298 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022

Salvo en lo que diremos adelante, en relación con el "VIII-Pacto por la calidad y eficiencia de servicios públicos: agua y energía...", programa "A-Energía que transforma:

hacia un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo”, aparece un Objetivo 2 (“Promoción de la competencia y del desarrollo de negocios descentralizados”) (página 678) las Bases no se refieren a la posibilidad de que **la ley misma** (no la CREG) hiciera cambios en las reglas sobre integraciones en el sector eléctrico.

El artículo 298 del PND, en sus dos primeros incisos, sustituye por completo el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 y elimina una restricción establecida originalmente en éste con respecto a la posibilidad de “integración vertical” entre empresas que desarrollan diferentes actividades en el sector de energía eléctrica. Consideramos que dicho artículo **es inconstitucional porque su contenido no tiene conexión directa e inmediata con los objetivos del PND sobre la prestación eficiente de los servicios públicos.**

Como mostraremos a continuación, no hay nada en las Bases y los Pactos que hacen parte del PND que se refiera en forma directa e inmediata, **por ley**, a la “integración vertical” entre empresas del sector energético.

El PND incluye, con el número VIII, un “Pacto por la calidad y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios: agua y energía para promover la competitividad y el bienestar de todos”, con detalles a partir de la página 671 del documento de Bases. Otros “Pactos”, a lo largo del documento, coinciden con algunos de los objetivos del primero.

Según el artículo 3 de la Ley del PND, el “Pacto por la calidad y eficiencia...” incluye objetivos de política pública. En la página 15 del documento que explica las Bases del PND se enuncia el objetivo de tener un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo. En la página 44 se observa que ese “Pacto por la calidad y eficiencia...” incluye 4 programas relacionados con energía, entre los cuales aparece uno denominado “Consolidación productiva del sector de energía eléctrica”. La “Consolidación productiva del sector de energía eléctrica” se relaciona, en las metas del “Pacto por la calidad y eficiencia...”, con los “indicadores de producto”, con el aumento de los usuarios beneficiados con programas de eficiencia energética” (Pág. 683). **No se observa alusión alguna a la autorización legal general para la “integración” de las empresas prestadoras.**

En relación con otros Pactos, que se coordinan con el “Pacto por la calidad y eficiencia...” en la página 1388 del documento de Bases se observan los “Indicadores de resultados” (relacionados con las interrupciones del servicio eléctrico), y los “Indicadores de producto” (relacionados con el número de usuarios de los servicios), con “Nuevos usuarios con servicio de energía eléctrica en municipios PDET” (Pág. 1412), y con la “Nueva infraestructura energética para comercio internacional” (Págs. 728 y 730). **Tampoco se observa alusión alguna a una autorización legal general a la “integración” de las empresas prestadoras.**

De hecho, las únicas veces en la que se encuentra la raíz “integra” en este documento, fue en relación con la necesidad de integrar la información del sector de agua potable y saneamiento básico, en la página 693; o en una bibliografía sobre el sector de acueducto (Pág. 699); o a propósito de la integración de la economía naranja en los mercados internacionales (ej: Pág. 735); integración regional y de tratamientos de rehabilitación de regiones y para víctimas (ej: Págs. 803 y 1178); integración de comunidades negras (Pág. 957); integración para equidad de género (Pág. 1032). Pudo observarse que las Bases usan (y abusan) de la palabra “integral” y de las relacionadas con ella. **Pero la palabra “integración” respecto del sector eléctrico, solo aparece una vez, para referirse a la integración de energías renovables no convencionales.**

En la Introducción al “Pacto por la calidad y eficiencia...” se hacen numerosas referencias al propósito de **augmentar la competencia** en el sector; y se enuncia el

propósito de "llegar a un nuevo sistema con apertura a esquemas de contratación de largo plazo, con mayores niveles de competencia de tal manera que se facilite la introducción de nuevas tecnologías, con tarifas eficientes..." (Pág. 673). **No se menciona para nada, como un propósito, la integración entre empresas del sector.**

3. El artículo 298 se opone en forma directa a una previsión de las Bases del Plan.

Dentro del "VIII-Pacto por la calidad y eficiencia de servicios públicos: agua y energía...", programa "A-Energía que transforma: hacia un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo", aparece un Objetivo 2 ("Promoción de la competencia y del desarrollo de negocios descentralizados") en cuya explicación, en la página 678, las Bases indican:

Así mismo, la CREG revisará las condiciones de integración vertical, horizontal y demás relaciones entre los agentes de los diferentes sectores de energéticos que puedan incidir en la promoción de la competencia, causar opacidad en las transacciones del mercado y barreras para el acceso a la infraestructura o el suministro. Como resultado de este ejercicio la CREG podrá hacer uso de sus facultades establecidas en el artículo 73.13. de la Ley 142 de 1994. (Las subrayas son añadidas).

A su vez, el numeral 73.13 de la Ley 142 incluye entre las facultades de las comisiones de regulación, la siguiente:

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

De modo que en el Objetivo 2, de esta parte del Pacto VIII, lo que se encomendaba a la CREG era revisar las condiciones de integración en el sector para obtener un **resultado: ordenar, o no, la escisión de empresas.** No se encomendó a la CREG revisar las condiciones de integración para obtener, como resultado, aumentar la posibilidad de que empresas que participan en diversas actividades se integren en forma vertical. Resulta, por lo tanto, contrario al artículo 158 de la Constitución.

4. Síntesis

Resulta evidente entonces que el contenido del artículo 298 del PND no guarda relación con las Bases del PND. Por lo tanto, concluimos que el artículo 298 del PND **no desarrolla los objetivos del PND y, de hecho, los contradice.**

Este artículo no cumple, por lo tanto, con el requisito constitucional de "unidad de materia", impuesto por el artículo 158 de la Constitución, en la forma en que lo ha desarrollado la jurisprudencia. Por lo tanto, debe ser declarado inexecutable, como solicitamos, con todo respeto.

VII. CARGO TERCERO: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE "PREVENCIÓN" PARA PROTEGER EL DERECHO A LA COMPETENCIA Y, EN PARTICULAR, CONTRA ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE".

El artículo 298 del PND es inconstitucional porque, en vez de proteger el derecho a la competencia de los usuarios de servicios públicos **evitando** las integraciones empresariales cuando puedan afectar la competencia en el sector eléctrico y, sobre todo cuando puedan llegar al abuso de posición dominante, pues autoriza las integraciones verticales de modo previo, general e incondicional y se limita a establecer **controles** a las integraciones cuando sean un hecho cumplido. Viola, de ese modo, el artículo 2 y los incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 333, y el artículo 365 de la Constitución, cuyo textos "ciertos", se observan en seguida:

ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;** defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, **y demás derechos y libertades**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Negrillas añadidas).

ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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.

La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá

indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

1. En la Constitución y la jurisprudencia constitucional es "cierto" que "la iniciativa privada" se puede limitar cuando es necesario para proteger el derecho a la libre competencia, porque éste es un "derecho de todos", y su protección es, por lo tanto, parte del "bien común".

El artículo 333 de la Constitución protege dos derechos relacionados, pero distintos. El primero de ellos "derecho a la libertad de iniciativa privada o a la libertad económica", está limitado por "el bien común", y, en particular, por "el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Es un derecho que se confiere a cada persona, y que ninguna otra puede impedir o estorbar sin permiso de la ley, y que no puede ejercerse contra el "bien común". Es un derecho genérico, de amplísimo contenido, que admite muchos desarrollos.

El mismo artículo 333, tanto en el inciso primero como en el inciso quinto, advierten que la libertad de empresa tiene límites. Así lo reitera el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución cuando advierte que la "libertad de empresa" tiene límites en la "intervención del Estado", a la cual se refiere el artículo 334 de la Constitución.

El derecho a la "libre competencia económica" es un derecho relacionado con el anterior, pero distinto. Es un derecho que se ejerce en desarrollo de la iniciativa privada y de la libertad de empresa. Por eso mismo está sujeto a límites, como lo está siempre el derecho a la iniciativa privada. Pero es un derecho a iniciativas privadas que se concretan en una cierta conducta, en una conducta en condiciones de "rivalidad", para conseguir en un mercado un resultado que no puede ser compartido con otros. Cuando la Constitución declara que existe un derecho a la "libre competencia económica", alude a que debe ser libre, dentro de los límites del "bien común", esto es dentro de límites impuestos por las autoridades y de conductas particulares que lo obstaculicen en la práctica, aunque no hayan sido prohibidas en forma previa (Sentencia C-398 de 1995, ponente Hernández).

El derecho a la libre competencia tiene una dimensión adicional. **No es solo un derecho de quienes deseen desarrollar la iniciativa privada y la libertad de empresa.** En efecto, según el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución es un "**derecho de todos**". Esto significa que es parte del "**bien común**": si es un "derecho de todos" no es un "**bien particular**", como el "derecho de propiedad", que permita excluir a otros de su goce. No es solo un derecho de quienes quieran competir. Sino que, además, es un derecho de cada persona a adquirir bienes y servicios en mercados en los que haya competencia. Es decir, incluye el derecho a beneficiarse de la competencia entre los competidores. Cualquier cosa que impida al común de las personas participar en mercados competitivos, es una limitación al derecho a la libre competencia.

En la sentencia C-616 de 2001, cuyo ponente fue Escobar Gil, la Corte Constitucional definió la competencia en los siguientes términos:

La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, **de igualdad de condiciones**, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita. (Negrillas añadidas).

21

Y, en la misma providencia, la Corte señaló los siguientes elementos que hacen parte del "núcleo esencial" de dicho derecho:

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa, pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada. (Énfasis ajeno al original).

Más adelante, en la sentencia C-228 de 2010, del a cual fue ponente el magistrado Vargas Silva, la Corte se refirió al "núcleo esencial" del derecho a la libre competencia

8. El segundo contenido específico de la libertad económica es la garantía de la libre competencia económica. En criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de **igualdad de condiciones**, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas. (Negrillas añadidas, referencias omitidas)

La sentencia C-032 de 2017, cuyo ponente fue Ríos y que se refiere de manera explícita a la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (la piedra angular del régimen general de la libre competencia), la Corte reitera la tesis de la sentencia C-616 de 2001.

Para efectos de esta demanda, queremos resaltar cómo en las sentencias C-616 de 2001 como en la C-228 de 2010 se insiste en que **el núcleo** del derecho a la libre competencia consiste en **la "igualdad de condiciones" y en la "ausencia de obstáculos"**, esto es, en que quienes deseen competir no encuentren **barreras injustificadas**.

Según la jurisprudencia, entonces, el derecho a la libre competencia tiene límites, de hecho, cuando en los mercados haya "desigualdad de condiciones" u "obstáculos o barreras injustificadas". Lo que significa, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, que el deber de las autoridades para preservar **la efectividad** del derecho a la libre competencia consiste en **proteger la igualdad** en el mercado y en **eliminar los obstáculos o barreras**, aunque ello implique un límite a la iniciativa privada. Si la preservación de la igualdad o la eliminación de las barreras a la competencia implica restringir derechos amparados por la ley anterior, las autoridades deberán indemnizar a

los titulares de esos derechos (Artículo 58 de la Constitución, y artículo 18 de la Ley 153 de 1887).

Los obstáculos y las barreras injustificadas a las que aluden las sentencias de la Corte pueden venir, por supuesto, **de las autoridades**, y en tal caso, si son injustificadas, son inconstitucionales. Pero pueden venir también de los particulares que ejercen la iniciativa privada, aunque el propósito de las conductas que dieron origen a tales barreras u obstáculos no haya sido limitar la competencia. El derecho a la libre competencia no es un derecho dirigido siempre contra propósitos anticompetitivos; la Constitución no lo dice así. Del texto incondicional que usa la Constitución se desprende que es también un derecho a una situación, a un estado de cosas en el que la competencia sea posible.

Las "integraciones empresariales", por definición, reducen el número de participantes en un mercado, de modo que, de alguna manera, limitan el derecho de los usuarios de los bienes y servicios que se ofrecen en ese mercado a encontrar un número amplio de competidores. Facilitan la creación de "desigualdades" en el mercado, frente a competidores que no están integrados. Además, de hecho, las integraciones facilitan la aparición de uno de los obstáculos y barreras a la competencia que puede venir de quienes, por obra de las circunstancias o por un propósito deliberado, lleguen a tener una "**posición dominante**" en un mercado, esto es, según declara el numeral 5 del decreto 2153 de 1992: "La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

La definición legal implica que quien tiene "posición dominante" en un mercado tiene una **posición desigual** frente a otros participantes en el mercado. De esa manera, la simple existencia de esa **posición desigual** implica un **obstáculo** a la competencia.

La existencia de "posición dominante" en un mercado -que puede provenir, aunque no necesariamente, de una "integración empresarial"- es, entonces, según se desprende de la jurisprudencia constitucional y de la definición legal, no solo el aviso de que falta el requisito de **igualdad** en el mercado, sino de que, quizás por eso mismo, hay un obstáculo o barrera a la participación de otras personas en ese mismo mercado. Esto es, hay una situación adversa al núcleo del "derecho a la libre competencia". Y por lo tanto es justificado que la autoridad imponga límites, acordes con el "bien común" a la iniciativa privada que a través de las "integraciones empresariales" o de otra manera, tenga el propósito de crear "posición dominante", o a la iniciativa privada que tienda a perpetuarla si ya existe.

Si la ley no crea las condiciones para evitar que las "integraciones empresariales", por sí mismas o por cuanto lleven a las "posiciones dominantes", lesionen el derecho de las personas a beneficiarse de la libre competencia, violan la Constitución. Y ésta la razón por la cual se sostiene en este cargo que el artículo 298 de la Ley del PND viola los artículos 2, y los incisos primero y quinto del artículo 333 de la Constitución. Otros aspectos de la violación de normas constitucionales se expondrán adelante en este mismo cargo.

Cuáles sean los límites que las autoridades impongan a la "posición dominante", y cuándo, y por qué tales límites y no otros, es asunto que examinaremos en seguida.

2. En el derecho de competencia y de servicios públicos colombianos, las "integraciones verticales" se consideran inconvenientes, por regla general.

Según el texto "cierto" del artículo 298 de la PND,

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

El artículo 298 autoriza, pues, "ciertamente", a las empresas que prestan el servicio de energía eléctrica, "integrar" actividades de generación, distribución, y comercialización de energía.

La integración que autoriza el artículo 298 de la Ley del PND es lo que se denomina una "integración vertical", y que la Superintendencia de Industria y Comercio ha definido así: (Anexo 2)

14. Integración vertical: Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que participan en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

Ahora bien, como pasamos a demostrar, y sin que el fundamento de esta demanda sea una oposición entre normas legales, el artículo 298 del PND se aparta del contexto general del derecho de la competencia colombiano. En este contexto, las "integraciones empresariales" y en particular las "integraciones verticales" como la que autoriza el artículo 298, han sido vistas como amenazas o restricciones a la competencia. Así se advierte ya en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, relativa a todos los servicios públicos domiciliarios y no solo al de energía, cuyo texto dice:

Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Y aunque no lo diga en forma expresa, el artículo 298 deroga la prohibición de integración que contenía el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, para fechas posteriores al 12 de julio de 1994, y según el cual,

ARTÍCULO 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

No es claro, sin embargo, que haya derogado el Parágrafo del artículo 7 de la Ley 143, según el cual,

PARÁGRAFO. La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

Y por eso, también, la ley 1340 adopta una actitud de prevención frente a las integraciones empresariales, desvirtuable de modo excepcional, de modo que su artículo 12 :

Artículo 12. Excepción de Eficiencia. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Parágrafo 1º. Cuandoquiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

Parágrafo 2º. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados.

3. Las "integraciones verticales", la pérdida de beneficios para los usuarios y las eventuales ganancias de "eficiencia".

¿Por qué manifiesta el derecho colombiano, y en particular el relacionado con los servicios públicos, esa hostilidad hacia las integraciones empresariales? ¿Y por qué la prohibición que aparecía en el artículo 74 de la Ley 143, derogado parcialmente por el artículo 298 de la Ley del PND? Para responder estas preguntas es útil tener en cuenta cuál es la estructura legal **de la oferta** en el sector eléctrico colombiano. Esta estructura se compone, por lo menos, de tres grandes tipos de empresas: unas que generan

electricidad, otras que la comercializan, y otras que la distribuyen a los usuarios finales. Hay también, por el lado **de la oferta**, empresas de transmisión y de interconexión.

En las leyes 142 y 143 de 1994 puede advertirse que cada uno de estos tres grandes tipos de empresas (generadores, comercializadores, distribuidores) realiza **actividades homogéneas, especializadas**. Y, desde la teoría económica básica, para dar al usuario los mayores beneficios de la competencia importa que cada generadora compita con las demás, para ver cuál puede generar electricidad en la forma más barata; que cada comercializador compita con los demás, para ver cuál puede prestar en forma más barata el servicio de adquirir energía para revender; y que cada distribuidor compita con los demás para ver cuál puede adquirir energía en forma más barata, y llevarlo hasta el domicilio del usuario final, facturarle y cobrarle.

En la teoría económica básica, en la medida en la que las empresas puedan integrarse, es posible que disfracen ineficiencias en una de las actividades que desarrollan, para compensarlas con eficiencias que logren en la otra. Dentro de las "integraciones", el costo de la energía que finalmente llega al usuario **no es el más bajo con el que puede desarrollarse cada una de las tres actividades**, sino, acaso, un **promedio de costos de las empresas integradas**. Las empresas que compiten en forma independiente tienen por este motivo una desventaja, en principio, con las que logran algún tipo de integración. Y, mientras más actividades se integren en una sola empresa, es más probable que se pierdan para el usuario las ventajas de la competencia en cada actividad. Y que, en vez de llegar al usuario un costo que refleje los más bajos en cada actividad, solo le llegue un costo que refleje promedios.

De otra parte, también es posible que, gracias a las "economías de escala" o de "aglomeración", las empresas integradas logren reducir costos en asuntos tales como adquisición de software, de equipos, de información, y de personal. Es un hecho reconocido en la literatura, y en la ley 142, que existe la posibilidad de que las integraciones aumenten la eficiencia en el sector.

En la literatura económica se considera que las integraciones verticales pueden producir efectos favorables para la economía en cuanto reducen los costos de transacción en los que una empresa incurre al adquirir por fuera de ella bienes o servicios que ella misma podría producir si estuviera integrada, y en cuanto pueden facilitar economías técnicas e, inclusive, eliminar uno de varios monopolios⁵.

Y, como es sabido, el artículo 365 de la Constitución considera que la prestación de los servicios públicos, como inherentes a la "finalidad social del Estado", debe ser **eficiente**.

Por todo eso el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 142, dice:

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Y por eso, también, el artículo 12 de la ley 1340 contiene una **excepción** según la cual:

⁵ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington Jr., Economics of Regulation and Antitrust (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1995), 225-229.

Artículo 12. **Excepción de Eficiencia.** Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

4. Las "integraciones verticales" y la desaparición de competidores.

En todo caso, **por definición**, las "integraciones" implican que salen del mercado, o dejan de crearse en el mercado, empresas que podrían estar compitiendo; y en el caso del sector eléctrico colombiano, las "integraciones" implican que salen del mercado o dejan de crearse en el mercado, empresas cuyo objeto coincide con alguna de las tres actividades típicas que contribuyen a la formación de la oferta de electricidad para los usuarios.

Ya la Corte Constitucional ha tomado noticia de este aspecto, eventualmente problemático, que ocasionan las integraciones, cuando, en la sentencia C-032 de 2017 (ponente Ríos) señaló que, para la creación de un mercado competitivo el régimen de competencia propicia

"...la participación de **pluralidad de oferentes** -controlando, por ejemplo, las integraciones empresariales o impidiendo el abuso de la posición dominante cuando ella tenga por objeto la eliminación de los competidores-...."

El efecto final de las integraciones, en cuanto a la **pluralidad de oferentes** y los beneficios de la competencia, dependerá, naturalmente, de la importancia que tenía, o que habría podido tener en el mercado, la empresa que se integra a otra, o que podría haber llegado al mercado. Pero, en principio, la reducción del número de competidores no es indiferente para la efectividad del derecho a la competencia.

5. La "posición dominante" implica siempre un riesgo para la libre competencia.

Por la vía de la desaparición de competidores reales o potenciales, que es, **por definición**, un resultado de las "integraciones empresariales", se puede llegar, según la "regla de experiencia" a que una empresa adquiera "posición dominante" en un mercado. El numeral 5 del decreto 2153 de 1992 define la "posición dominante" como:

La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

De acuerdo con esta definición legal, la "posición dominante" **siempre** crea la **posibilidad** de eliminar la competencia en un mercado. Ello no significa que, **necesariamente**, la "posición dominante" termine con la competencia, pero siempre crea **el riesgo** de que termine con la competencia. Esto es, siempre crea **el riesgo** de que afecte **el núcleo** mismo del "derecho a la libre competencia" que es un derecho de todos.... **Un riesgo de la mayor importancia desde el punto de vista constitucional**

pues, aunque no se trate de un derecho fundamental, el derecho a la competencia es un derecho que consagra la Constitución.

Ahora bien: según el artículo 18 de la Ley 142 y el artículo 12 de la Ley ese **riesgo** se puede tolerar, porque la desigualdad entre competidores, aunque opuesta al derecho a la competencia, puede ser útil para promover otros valores constitucionales, como, por ejemplo, la "**eficiencia**" en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, según proclama el artículo 365 de la Constitución.

Lo que no se podría **nunca**, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución, ni siquiera en obsequio a las ganancias de "eficiencia", sería permitir que la "posición dominante" de una empresa destruyera el **núcleo** mismo del derecho a la libre competencia. Porque aunque los derechos constitucionales económicos no son absolutos, es deber de las autoridades garantizar, al menos, su "núcleo". Esto es esencial al concepto de "Estado social de Derecho".

6. El mandato "cierto" de la Constitución en cuanto a la competencia y la "posición dominante".

La integración vertical puede terminar o limitar la oferta de las empresas en cualquiera de las etapas productivas, sobre todo si una de las firmas integradas tiene gran "poder de mercado" en una de tales etapas; puede crear "barreras de entrada" a un sector; y crea la posibilidad de que haya más conductas colusivas con otros "competidores"⁶. Estos **riesgos** existen por razones puramente económicas, y no, necesariamente, porque los empresarios hayan decidido tomar decisiones ilegales.

De particular interés en nuestro caso es el análisis de Alfred E. Kahn, un economista cuya obra tuvo gran incidencia en el diseño de los aspectos económicos de la Ley 142. Él, aunque en general considera que las integraciones verticales tienen neutrales o buenos efectos sobre la economía, es muy enfático en señalar que cuando las empresas que se integran operan en el sector de los servicios públicos y operan bajo regulación, la integración vertical puede aumentar el poder monopolístico que exista y reducir la eficiencia en el mercado. Él añade que existe la posibilidad de que las empresas integradas puedan aumentar sus utilidades más allá de lo que permite la regulación normalmente, porque permite a las empresas integradas pedir a los reguladores que al fijar sus tarifas tengan en cuenta la suma de las inversiones que las empresas hacen en las varias actividades integradas; y porque la integración cierra la posibilidad de que otras empresas entren a competir⁷ (Anexo 1). Este último fenómeno sería similar al de una "negativa para contratar". Desde esta perspectiva, entonces, las integraciones verticales no favorecerían la competencia ni la eficiencia. Como se observa, aunque las integraciones empresariales **siempre crean riesgos** para el derecho de la competencia, no se puede afirmar que siempre esos riesgos se concreten, o que no se justifiquen por ganancias de eficiencia.

En el campo específico de los servicios públicos en el derecho colombiano de la competencia, el efecto de "aumento de utilidades" al que se refiere Kahn, en cuanto éstas puedan venir de las tarifas que cobran las empresas, tiene particular relevancia, porque la ley dispone que tales tarifas deberían ser similares a las que tendrían lugar en condiciones de competencia. Así, el artículo 44 de la Ley 143 dispone:

⁶ Robert F. Bruner, Applied Mergers & Acquisitions (Hoboken N.J.: John Wiley & Sons, 2004), p. 752

⁷ Alfred E. Kahn, The Economics of Regulation. Principles and Institutions (U.S.A.: MIT, 1988), pp. 256 II-264 II.

ARTÍCULO 44. El régimen tarifario para usuarios finales regulados de una misma empresa estará orientado por los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, neutralidad, solidaridad y redistribución del ingreso, simplicidad y transparencia.

Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo, garantizándose una asignación eficiente de recursos en la economía, manteniendo a la vez el principio de solidaridad y redistribución del ingreso mediante la estratificación de las tarifas. (Subrayas añadidas)

Y, a su vez, el numeral 87.1 de la Ley 142 dice:

ARTÍCULO 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste. (Subrayas añadidas)

Por regla de experiencia, de hecho, las integraciones empresariales facilitan que, por aumentos en la eficiencia, o por factores como financiamiento, acceso a tecnología, ubicación, y arbitraje regulatorio, las empresas adquieran una **posición dominante** en su mercado, y existe **el riesgo** de que lleguen a **abusar de su posición dominante**.

El inciso quinto del artículo 333 de la Constitución dice:

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.

Con base en ese texto constitucional, podemos afirmar que él implica, de modo "cierto":

a.-Que, en términos constitucionales, no existe ni una prohibición ni una autorización para tener o adquirir "posición dominante" en el mercado nacional.

b.-Que es un **deber de la ley evitar o controlar** cualquier **abuso** que personas o empresas hagan de su **posición dominante** en el mercado nacional.

c.-Que "**evitar**" el **abuso** de la posición dominante, no es lo mismo que "**controlarlo**".

Decimos que es un **deber de la ley evitar o controlar** el riesgo de abuso de la "posición dominante" porque la Constitución usa los verbos en una forma imperativa: "**evitará**"; "**controlará**". La Constitución, en este asunto, no se limita a conferir facultades: **imparte órdenes**.

Se "**controlan**" los riesgos que existen, esto es, las "posiciones dominantes" que por alguna razón -y hay muchas posibles- ya están presentes en un mercado. Y se "**evitan**" los riesgos que **aún** no existen, tales como las "posiciones dominantes" que **aún** no obran en algún mercado.

La ley, entonces, **no puede ser indiferente ante el riesgo de que se abuse de la "posición dominante"**. Pero **debe** crear condiciones para **evitar** el riesgo de que se **abuse** de ella, y de que se elimine el núcleo mismo del derecho a la libre competencia. Y, con mayor razón, **debe** crear condiciones para **controlar** ese riesgo, si ya está creado porque alguien adquirió ya "posición dominante" en un mercado.

7. Conclusión: Las razones por las cuales el artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional.

Tal como explicamos arriba, con base en el texto y en la jurisprudencia constitucional, **la ley no puede ser indiferente ante el riesgo de que se afecte el núcleo de la competencia y se abuse de la "posición dominante"**.

Ya explicamos, arriba, que en el contexto de la teoría económica, y de la jurisprudencia y la legislación colombiana, las integraciones empresariales, a las cuales pertenecen las "integraciones verticales", siempre implican **un riesgo** para la libre competencia. Porque, ante todo, por definición, reducen el número de participantes reales o eventuales en un mercado. Y porque esto, a su vez, facilita la creación de "posiciones dominantes" en los mercados. Y porque éstas, según la definición del numeral 5 del decreto 2153 de 1992, siempre crean **el riesgo** de que los resultados del mercado no sean determinados por la participación de **varios** competidores sino de **uno solo**. Esto es, las "posiciones dominantes" crean **el riesgo** de que los mercados no operen en condiciones de libre competencia. Una de las formas de "**abuso**" de posición dominante puede consistir, entonces, en que, deliberadamente, se use la "posición dominante" para conseguir que sea el dominador quien tome las decisiones en el mercado, excluyendo, en la práctica, otros competidores.

Así las cosas, es necesario, entonces, mirar de nuevo el texto del artículo 298 de la Ley PND, contra el cual se dirige esta demanda. Su texto "cierto" dice, en el primer inciso:

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada. Esta disposición aplicará también para las empresas que tengan el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen.

El significado "cierto" de ese texto puede expresarse también, a partir de su texto pero atendiendo más al concepto que en éste se expresa, de la siguiente manera:

a.-**Todas** las empresas del sector eléctrico, no importa la época de su constitución, **podrán** desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

b.-**Todas** las empresas que tengan como objeto prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, y que tengan el mismo controlante, o entre las cuales exista situación de control en los términos

del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

Estas normas, pues, otorgan una facultad, **no condicional**, de "integración vertical" **a todas** las empresas del sector eléctrico.

Después de otorgar esa **facultad, no condicional**, el artículo 298 de la Ley PND añade:

La Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos de que trata el presente artículo y en los casos en que la integración existiere previamente a la expedición de la presente Ley.

PARÁGRAFO PRIMERO. La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el presente artículo, en relación con la concurrencia de actividades de comercialización, generación y distribución en una misma empresa o en empresas con el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

De nuevo, el significado "cierto" de ese inciso segundo y del Parágrafo puede expresarse también, a partir de su texto pero atendiendo más al concepto que en éste se expresa, de la siguiente manera:

Cuando de hecho exista ya, o cuando se prevea que puede existir, una "integración vertical", en cualquiera de las dos hipótesis previstas en el inciso primero del artículo 298, la CREG debe establecer una regulación diferencial para la "promoción de la competencia", incluyendo posibles "conflictos de interés", conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante, así como proteger a los usuarios finales.

En otras palabras, la CREG, que es una autoridad administrativa, puede adoptar medidas regulatorias cuando la integración, autorizada **por la ley misma y por vía general** en el primer inciso del artículo 298, haya tenido lugar. Pero el artículo no confiere a la CREG la facultad de **prohibir** una integración antes de que ocurra; solo puede imponerle regulaciones procompetencia y contra los efectos de los conflictos de interés **una vez ella haya tenido lugar**.

Esto, de suyo, y aún sin tener en cuenta el inciso quinto del artículo 333 de la Constitución, implica **desproteger** el derecho a la competencia de los usuarios del servicio público de electricidad, y omitir el deber de limitar, por ser contrario al "bien común" (la competencia es parte del bien común, porque es un derecho de "todos") una actividad que **pone en riesgo el núcleo** de ese derecho.

Es probable que pueda interpretarse el artículo 298 de la Ley PND como una **derogación de la facultad que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para negar las autorizaciones de integración empresarial que reciba**, cuando ellas se refieran a empresas del sector eléctrico.

Es así como, a pesar de los eventuales efectos anticompetitivos y de ineficiencia que las leyes colombianas y los economistas atribuyen, con base en experiencias y análisis teóricos, a las "integraciones verticales", el inciso segundo del artículo 298 ordena a la CREG adoptar medidas de **control** sobre situaciones que ya sean hechos cumplidos por

virtud autorizaciones **incondicionales** ya previstas en el inciso primero del artículo 298 de la Ley del PND. Se trata, pues, de una autorización para el control regulatorio posterior de las integraciones, más que para la "**prevención**" de los efectos nocivos que puedan ocasionar.

Así las cosas, la facultad que se otorga a la CREG no es la de impedir o deshacer la "integración vertical" cuando ella, por ejemplo, ocasione o pueda ocasionar una "posición dominante" sino, simplemente, establecer regulaciones para cuando la "integración vertical" haya tenido lugar, o para cuando "la posición dominante" se haya creado. Y, por este motivo, el artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional.

De acuerdo con el mandato del inciso primero, del inciso segundo y del inciso quinto del artículo 333 constitucional, el artículo 298 de la Ley del PND tendría que haber adoptado, para ser constitucional, una actitud "**preventiva**" frente a las integraciones empresariales, no solo por el riesgo de que ellas afecten el "bien común" del derecho a la competencia, sino porque el inciso quinto del artículo 333 constitucional obliga al legislador **a evitar**, no solo solo a **controlar**, abusos de posición dominante, lo que, por supuesto, debería incluir, ante todo, la posibilidad de **evitar** que se crearan "posiciones dominantes" si, **dentro de las circunstancias**, el riesgo de que pudiera abusarse de ellas no pareciera controlable de forma efectiva. Si, dentro de las circunstancias, el riesgo de abuso de posiciones dominantes no pareciera controlable, no debería permitirse la creación de tales "posiciones dominantes", ni de las integraciones que las faciliten. Así, la posibilidad de abuso desaparecería, y no sería necesario acudir a acciones **correctivas** cuando los abusos se hubieran presentado. Con base en esta consideración puede afirmarse que el artículo 298 del PND es inconstitucional.

El inciso primero y el inciso quinto del artículo 333 obligan a las autoridades, por mandato de la ley, a limitar el derecho a la libertad de empresa y a la iniciativa privada cuando ella pueda poner en peligro el derecho de todos a la competencia; y el inciso cuarto lo exige, sobre todo, cuando ella pueda llevar al abuso de la posición dominante. El artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional porque, frente a los riesgos que implican las integraciones empresariales, omite tomar medidas de **prevención**, que **eviten** y no solo **controlen** los riesgos derivados de las integraciones y, sobre todo, de la formación de posiciones dominantes. La ley no permite a la CREG impedir las integraciones en ningún caso, solo controlarlas cuando hayan tenido lugar. Por la autorización **previa, general e incondicional** que da a las integraciones verticales, y que pueden llevar a posiciones dominantes de las cuales se abuse, el artículo 298 de la ley del PND incumple el deber de **evitar** riesgos al derecho de la competencia, y el de **evitar** abusos de posición dominante.

La Constitución, en el caso preciso del inciso cuarto del artículo 333, distingue claramente entre el "control" de los abusos de posición dominante y el "evitarlos". El artículo 298 solo incluyó una facultad para "controlarlos". El deber de "evitarlos" implicaba el deber de impedir la creación de situaciones de "posición dominante" cuando la autoridad observara que el simple "control" podría ser ineficaz para remediar el daño al núcleo del derecho de los usuarios a la competencia.

En general, pues, según estos argumentos, el inciso segundo y el Parágrafo 1 del artículo 298 del PND favorecen la creación legal de un riesgo de afectación de la competencia en el sector eléctrico, pero expresan la confianza de que la CREG, en un nivel inferior de la cadena regulatoria, pueda luego controlar, ante situaciones creadas, los eventuales efectos nocivos de la integración. Este enfoque del artículo 298 del PND es contrario al mandato "preventivo" que contiene el artículo 333 de la Constitución en los incisos primero, cuarto y quinto; contrario a la garantía del derecho a la competencia como derecho "de todos"; contrario al artículo 365 en garantiza la prestación de los servicios

públicos a todos los habitantes, y contrario a las reglas que obligan a las autoridades a hacer efectivos los derechos de las personas.

VIII. CARGO CUARTO: EL ARTÍCULO 298 ES "REGRESIVO" EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LOS USUARIOS A LA COMPETENCIA Y A QUE EL ESTADO EVITE EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

El artículo 298 del PND es inconstitucional, en todas sus partes, porque, **además** de las razones expuestas en los cargos anteriores, es "regresivo" en la protección del derecho de los usuarios de los servicios públicos a la competencia y a que el Estado, por mandato de la ley, evite el abuso de posición dominante en la prestación de los servicios públicos.

El artículo 298 del PND viola, así, los artículos 2 y 93, y los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 333 de la Constitución, puesto que el derecho de los usuarios públicos a la protección de su derecho a la competencia y a que el Estado, por medio de la ley, evite el abuso de la posición dominante, está amparado por tales normas, y porque ambos derechos entraron a hacer parte del "**bloque de constitucionalidad**" cuando la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996 aprobó el "Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

1. Bases constitucionales del derecho de los usuarios de servicios públicos a la protección del derecho a la competencia y a que el Estado evite por mandato de la ley el abuso de la posición dominante.

Los usuarios de servicios públicos tienen en Colombia derecho a que, por mandato de la ley, el Estado proteja su derecho a la competencia y, en relación con él, evite el abuso de posición dominante en la prestación de tales servicios. Se trata de un derecho social y económico, prestacional, fundado en la Constitución y desarrollado por varias normas legales.

Las bases constitucionales de ese derecho en Colombia son cuatro: los artículos 2 y 365; los incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 333; y el artículo 369 de la Constitución, cuyos textos "ciertos" presentamos en seguida:

ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la **finalidad social del Estado**. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Negrillas añadidas).

ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

.....

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.

La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTÍCULO 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio.

Con base en esos textos constitucionales, pero atendiendo más al concepto que en ellos se expresa, es posible afirmar que su significado "cierto" es el siguiente:

a.-El Estado y las autoridades tienen el deber de garantizar a todas las personas residentes en Colombia, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y el deber de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Por lo tanto, todas esas personas tienen **derecho** de exigir al Estado y a las autoridades el cumplimiento de sus deberes.

b.-Lo atinente a la prestación de los servicios públicos tiene un carácter **social**, pues es inherente a la **finalidad social** del Estado.

c.-El Estado debe **asegurar** que los servicios públicos se presten en forma **eficiente** a **todos** los habitantes del territorio nacional.

d.-El Estado no siempre debe prestar, por sí mismo, los servicios públicos, pero debe "asegurar" que alguien los preste.

e.-Los usuarios de servicios públicos tienen derecho a que la ley limite la libertad económica, cuando ello sea preciso para proteger el "bien común", el "interés social", y el derecho de todos a la competencia. El derecho de todos

a la competencia es **económico**, porque se refiere a los mercados de bienes y servicios.

f.-Los usuarios tienen derecho a que la ley mande evitar o controlar el abuso de la posición dominante de los prestadores de servicios públicos en el mercado nacional. El abuso de "posición dominante" es una patología económica, porque tiene lugar en los mercados de bienes y servicios.

g.-Los derechos que **la ley** determina en favor de los usuarios de servicios públicos expresan la voluntad de la Constitución de otorgarles derechos **adicionales** a los que se desprenden directamente de ella.

Existe, pues, en la Constitución, un derecho social, prestacional, y económico, de **todas las personas y**, de los usuarios de servicios públicos, a que la ley, para proteger el "bien común" y el "interés social" limite la libertad económica de las personas y empresas, garantice el derecho a la competencia y, en relación con ella, evite el abuso de la posición dominante de quienes prestan los servicios públicos en el mercado nacional.

2. Determinación legal del derecho de los usuarios de servicios públicos a la prevención del abuso de la posición dominante.

Esta demanda, por supuesto, no se funda en la oposición del artículo 298 de la Ley PND con otros textos legales de derecho interno colombiano, como son los de las leyes 142 y 143 de 1994. Pero, para confirmar que el legislador colombiano ha dado a los textos constitucionales trascritos el sentido "cierto" que explicamos arriba, es útil transcribir algunos textos legales, tomados de esas leyes, como haremos en seguida.

En desarrollo del artículo 369 de la Constitución, la Ley 142 de 1994 dice:

Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

-
- 2.5. Prestación eficiente.
- 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.
- 2.7. Obtención de economías de escala comprobables.
-

Y en desarrollo del artículo 369 de la Constitución, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 dice:

ARTÍCULO 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

- 11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

De particular importancia es el numeral 74.1 de la Ley 142, sobre las facultades de las Comisiones de Regulación, que dio lugar, entre otras, a la sentencia C-263 de 2023 (ponente Palacio), y que dice:

ARTÍCULO 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

A su vez, el artículo 3 de la Ley 143 dice:

ARTÍCULO 3o. En relación con el servicio público de electricidad, al Estado le corresponde:

- a) Promover la libre competencia en las actividades del sector;
- b) Impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado;
- c) Regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos;

ARTÍCULO 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

En particular, el artículo 5 de la Ley 143, que concuerda con los numerales 14.21 y 14.25 el artículo de la ley 142, dice:

ARTÍCULO 5o. La generación, interconexión transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente, por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública.

ARTÍCULO 43. Se considera violatorio de las normas sobre competencia, y constituye abuso de posición dominante en el mercado, cualquier práctica que impida a una empresa o usuario no regulado negociar libremente sus contratos de suministro o cualquier intento de fijar precios mediante acuerdos previos entre vendedores, entre compradores o entre unos y otros. Las empresas no podrán realizar acto o contrato alguno que prive a los usuarios de los beneficios de la competencia.

3. El "Protocolo de San Salvador" y el derecho de los usuarios a la "progresividad" en la protección de la competencia y en evitar el abuso de la posición dominante en la prestación de los servicios públicos.

El "Protocolo de San Salvador" adiciona la Convención americana sobre derechos humanos, en materia de derechos económicos, sociales, y culturales, que se fundan en atributos de la persona humana. El propósito extensivo del Protocolo se advierte en su Preámbulo, y en particular en los siguientes párrafos:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales, y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros...

Y,

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos solo puede realizarse el ideal del ser humano, libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos;....

Los primeros artículos del Protocolo tienen particular interés para efectos de esta demanda. Dicen ellos:

Artículo I Obligación de adoptar medidas

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Artículo 3 Obligación de no discriminación

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 4 No admisión de restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 5 Alcance de las restricciones y limitaciones

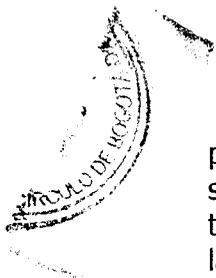
Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Aunque muchos de los derechos que protege el Protocolo tienen un carácter "prestacional", la Corte Constitucional en forma oportuna reconoció que no todos ellos deben tener ese carácter. Dijo la Corte en la sentencia C-251 de la cual fue ponente Martínez Caballero:

De otro lado, conviene tener en cuenta que no es totalmente correcto considerar que todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado, y que todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes estatales de abstención, pues la situación es más compleja. Así, la garantía de los derechos civiles supone en muchos casos deberes de intervención de las autoridades. Por ejemplo, el derecho a la intimidad implica no sólo que el Estado debe respetar mi privacidad sino también que las autoridades deben protegerme contra injerencias de terceros. Igualmente, muchos derechos considerados sociales no implican una prestación sino un deber de respeto de parte de las autoridades, similar al que opera en el campo de los derechos civiles. Así sucede por ejemplo con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el goce de este derecho. En estos eventos, es claro que esos derechos sociales, o ese componente de los derechos sociales, no es de realización progresiva sino de aplicación inmediata.

Finalmente, el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico"⁸.

⁸ Principio de Limburgo No 25



Aunque el Protocolo de San Salvador no se refiere al "derecho a los servicios públicos", ni al derecho a la "competencia" en relación con el "derecho a que se eviten los abusos de posición dominante", es claro que estos derechos, en Colombia, tienen no solo un carácter "social", sino "prestacional" y "económico" pues así lo proclama la Constitución misma, con "certeza". Tiene, pues, sin duda, un carácter económico y social, ya anticipado en el **artículo 4 del Protocolo de San Salvador**, el cual dispone:

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, **a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o reconoce en menor grado.** (Negrillas añadidas)

El "derecho a los servicios públicos", y el "derecho a la competencia" inclusive en su conexión con el derecho a evitar los abusos de posición dominante en los servicios públicos" son, entonces, derechos protegidos por el derecho internacional al cual ha adherido Colombia, y en particular por la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996, "por medio de la cual se aprueba el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 'Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988".

Los derechos que ese Protocolo protege hacen parte del "**bloque de constitucionalidad**", según el artículo 93 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-228 de 2011, ponente Henao).

La Sentencia C-115 de 2017, de la cual fue ponente el Magistrado Linares, reitera jurisprudencia según la cual existe una "**prohibición de regresividad**" en los derechos a los cuales se aplica el Protocolo:

En este sentido, mientras que "El mandato de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico", la "(...) **prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad** y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada⁹. (Negrillas añadidas).

Por lo tanto, en la medida en que se establezca, como estableceremos en seguida, que el artículo 298 de la Ley del PND implica una "regresión" en la protección de tales derechos en Colombia, el artículo 298 deberá ser declarado inexecutable.

4. La "regresividad" de los dos primeros incisos y el Parágrafo 1 del artículo 298 de la Ley del PND.

Esta demanda se dirige contra todo el artículo 298 de la Ley del PND; pero, para advertir en éste cargo el carácter regresivo del artículo 298 de la Ley PND, en cuanto a sus dos primeros incisos y a su Parágrafo primero, es útil tener presente la norma que

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-486/16.

sustituye y otra que hace parte de su mismo contexto legal. En primer término, pues, debe contemplarse el artículo 74, derogado por el artículo 298 de la Ley PND, decía:

ARTÍCULO 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

Y, dentro del mismo contexto, el Parágrafo del artículo 7 de la Ley 143, que no ha sido objeto de derogación expresa, dice,

PARÁGRAFO. La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

Como explicamos en el cargo anterior, con base en la teoría económica y en la jurisprudencia, la Constitución y las leyes colombianas suponen que las integraciones empresariales crean el riesgo de lesiones al derecho a la competencia, por la disminución del número real o eventual de competidores y porque facilitan la aparición de "posiciones dominantes" y de su abuso. Ambos fenómenos menoscaban derechos que la Constitución y la ley otorgan a todas las personas y, entre ellas, a los usuarios de servicios públicos. Por estas razones, normas que facilitan las "integraciones verticales" en el sector de servicios públicos -aunque las sometan a controles una vez hechas las integraciones- son "regresivas" frente a normas que las prohibían en forma absoluta.

Respecto del artículo 74 de la Ley 143 cabe observar que, cuando se expidió esta Ley, el Congreso no quiso prohibir en forma **inmediata y general** la integración vertical en el sector eléctrico, pues protegió las que ya existían. No parece que las razones para ello hubiesen sido jurídicas, puesto que, de tiempo atrás, cuando hay razones de "utilidad pública", el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 permite transmutar los "derechos adquiridos", inclusive los relacionados con las condiciones para el ejercicio de una industria, en una indemnización y un término para adaptarse a las nuevas normas legales. El artículo 58 de la Constitución sustentaría esa forma de aplicar el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, esto es, a través de indemnizaciones a quienes tuvieran que renunciar a las "integraciones verticales" ya existentes.

En todo caso, el artículo 74 de la Ley 143 es la razón por la cual, en el mercado eléctrico colombiano, hay empresas integradas, que han consolidado su posición en el mercado, mientras que empresas nuevas han quedado en desigualdad de circunstancias.

¿Cómo restablecer la igualdad? Una posibilidad, la que acoge el artículo 298 de la Ley del PND, consiste en **retroceder** autorizando, por vía general, sin perjuicio de controles posteriores, las "integraciones verticales", lo que hace más probable la concentración empresarial, esto es, la disminución del número de competidores, la formación de "carteles" y de "posiciones dominantes" y de "abusos", en algunas partes del mercado.

La otra alternativa, **progresiva**, era la de **avanzar** hacia la **visión del futuro** que aparecía explícita en el artículo 74 de la Ley 143: esto es, la de un sector eléctrico con un mayor número de competidores, compuesto por más empresas eléctricas con actividades de generación, comercialización y distribución desintegradas, salvo en cuanto a la posibilidad de que las empresas generadoras o distribuidoras asumieran también la actividad de comercialización (Parágrafo del artículo 7 de la ley 143 de 1994).

El sentido de la evolución **progresiva** que planteaba el artículo 74 de la Ley 143 para proteger el derecho de los usuarios de los servicios públicos a la competencia y contra el riesgo de abusos de la posición dominante era el de una prohibición general de las integraciones verticales en el sector, salvo en lo relativo a la posibilidad de combinar la comercialización con las otras actividades. Tal visión podría haberse formulado así, con base en el artículo 74 de la Ley 143:

Las empresas, con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional, no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

Sin embargo, el artículo 298 optó por la alternativa contraria, **regresiva** desde la perspectiva del derecho de los usuarios de los servicios públicos a la competencia y contra el riesgo de abusos de la posición dominante: esto es, la de dar una autorización general, **sujeta a controles posteriores**. Por ese motivo, el artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional.

5. La inconstitucionalidad del artículo 298 de la Ley del PND, en cuanto a la autorización de integraciones verticales en el servicio público de electricidad.

Dentro del contexto constitucional y legal expuesto atrás, es necesario confrontar los dos primeros incisos y el Parágrafo primero del artículo 298 del PND con los criterios de "progresividad" y "no regresividad" que imponen los artículos 2, 93, 333 y 365 de la Constitución, y los que adopta la Corte Constitucional en sentencias recientes, en particular la C-115 de 2017 cuyo ponente fue Linares.

La Sentencia C-115 de 2017 se inspira, básicamente en el artículo 2 de la Constitución, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el "*Protocolo de San Salvador*", y cuyo Preámbulo y artículo 1, transcritos arriba, se refieren al carácter **progresivo** que debe tener en Colombia y los países miembros la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es así como el análisis de constitucionalidad del artículo 298 del PND exige un examen como el que sugiere la sentencia C-115 de 2017, arriba reseñada, teniendo en cuenta que el derecho a los servicios públicos es un derecho de todos, que hace parte de la "finalidad social" del Estado; que el derecho a la libertad de empresa es un derecho que admite límites, cuando los requiere el "bien común" o el "interés social"; que el derecho a la libre competencia es un derecho "de todos", progresivo; y que los usuarios de los servicios públicos tienen derecho progresivo a que la ley evite el abuso de las "posiciones dominantes" de las empresas en el mercado.

Para tolerar la constitucionalidad de medidas "regresivas", como el artículo 298 de la Ley del PND, recuerda la Sentencia C-115 de 2017, es necesario comprobar "*imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho*"¹⁰.

Por consiguiente, para determinar la constitucionalidad de una medida regresiva, ésta debe reunir las siguientes características, que componen el juicio de no regresión: es necesario que la medida (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-727/09.

fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado¹¹.

Podría argumentarse que facilitar, por regla general, el derecho a la libre empresa, y, como ejercicio de tal derecho, el de hacer "integraciones verticales" en el sector de servicios públicos, no solo es constitucional sino "progresivo" y útil para lograr "eficiencia", desde la perspectiva de los derechos económicos y sociales. Pero tal facilitación no es "constitucionalmente imperativa", puesto que tal derecho, en el inciso primero del artículo 333, está condicionado al "bien común"; y en el inciso quinto está limitado por el "interés social" y el "ambiente". En este sentido, la libertad de empresa no es en sí mismo el único mandato constitucional relevante. La integración vertical de las empresas del sector eléctrico no es, de otra parte, un medio "ciertamente idóneo" para conseguir "eficiencia" en la prestación de los servicios públicos puesto que, como se ha visto, la teoría económica no considera que el aumento de la eficiencia sea el resultado **cierto y necesario de tal integración** (Anexo 1). Tampoco puede afirmarse que no existan otros medios menos regresivos para aumentar la eficiencia en la prestación de los servicios de electricidad, porque puede dejarse en manos de agencias técnicas especializadas la **evaluación previa**, caso por caso, de los efectos de la "integración vertical" sobre la eficiencia, la competencia y la probabilidad de abuso de posiciones dominantes. Y, por esta última razón, no se ve que la integración vertical produzca efectos de "eficiencia" que sean proporcionales a los efectos regresivos que representa sobre las medidas de protección de la "competencia" y prevención del "abuso de posición dominante" que contenía el artículo 74 original de la Ley 143.

En síntesis: el artículo 298 de la Ley del PND, en sus dos primeros incisos y en su Parágrafo primero, es inconstitucional, por la regulación regresiva que adopta en cuanto a la protección de derechos sociales y económicos, según se acaba de explicar. Y, en general, el artículo 298 de la Ley del PND viola los incisos primero y quinto del artículo 333 de la Constitución, porque, al permitir de modo general -solo con controles posteriores- las "integraciones verticales" no tiene en cuenta la necesidad de imponer límites a la libertad de empresa cuanto ella puede lesionar los derechos de los usuarios a la competencia y a la prevención de posiciones dominantes en el sector de servicios públicos. Y viola el inciso segundo de tal artículo, y el inciso cuarto del mismo, porque -a través de la autorización general a las "integraciones verticales", sujetas solo a controles posteriores- deja sin protección adecuada el derecho a la competencia y a la prevención de los abusos de posición dominante, en el sector de los servicios públicos, donde tales derechos gozan de protección especial. Viola el artículo 2 de la Constitución, porque los usuarios de servicios públicos tenían derecho a que la Ley buscara instrumentos idóneos para proteger su derecho a la competencia y a la prevención de abusos en posiciones dominantes, cumpliendo, además, los compromisos del Protocolo de San Salvador, en vez de dejarlos desprotegidos y confiados solo a la bondad de controles posteriores, que pueden remediar, pero no evitar, la lesión de tales derechos.

6. La inconstitucionalidad del Parágrafo segundo del artículo 298 de la Ley del PND, en cuanto a la "regresividad" en la posibilidad de que empresas integradas concentren sus ventas en los mercados.

Finalmente, el Parágrafo segundo del artículo 298 del PND refuerza el carácter inconstitucional de todo el artículo. Dicho parágrafo dice:

¹¹ "Cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes (...)", los elementos del test de no regresión: Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2011.



PARÁGRAFO SEGUNDO. Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado. Esta restricción no aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que están exceptuados de esta restricción. El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer un porcentaje inferior a este 40%.

El Parágrafo tiene como uno de sus antecedentes, la definición de "posición dominante" que contiene el numeral 14.13 de la Ley 142 de 1994, y según la cual:

Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

En el sector eléctrico, el asunto al que se refiere el Parágrafo segundo del artículo 298 del PND fue regulado originalmente por la Resolución CREG 020 de 1996, cuyo título era "Por la cual se dictan normas con el fin de promover la libre competencia en las compras de energía eléctrica en el mercado mayorista". El artículo 6, vigente hasta la expedición del PND, disponía:

Compras mínimas que deben realizar las empresas que desarrollen en forma combinada la actividad de generación con la comercialización o la de distribución - comercialización. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4o. y 5o. de esta resolución, toda empresa que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía con la de comercialización o la de distribución - comercialización, **cuya demanda de energía represente el cinco por ciento (5%) o más del total de la demanda del sistema interconectado nacional**, no podrá cubrir con energía propia **más del 60%** de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

Nótese que frente al artículo 6 de la Resolución 020 de 1996, el artículo 298 del PND adopta una posición más laxa con respecto a las participaciones en el mercado de empresas verticalmente integradas y las consecuentes compras de energía. Mientras la resolución señala que toda aquella empresa cuya demanda de energía del sistema interconectado supere el 5% no podrá cubrir con energía propia más del 60% de la energía requerida para atender su demanda, el parágrafo segundo del artículo 298 del PND establece que toda empresa cuya demanda de energía del sistema interconectado supere el 25% no podrá cubrir con energía propia más del 40% de la energía requerida para atender su demanda. En este sentido, el parágrafo segundo del artículo 298 del PND incrementó el supuesto base de la restricción – pasó del 5% al 25% - y disminuyó el porcentaje de la energía que una empresa verticalmente integrada puede atender. Para efectos prácticos, el parágrafo segundo del artículo 298 del PND permite que más empresas verticalmente integradas atiendan con su energía el 40% o más de la demanda que les requieren (siempre y cuando dichas empresas tengan menos del 25% de la demanda total de energía del sistema interconectado.)

Además, este mismo párrafo segundo del artículo 298 del PND exime del límite en cuanto al porcentaje con el que una empresa que tenga hasta el 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional puede atender su mercado regulado. Dicho párrafo establece que el límite mencionado desaparece en cuanto a los "contratos bilaterales asignados en procesos competitivos" en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispongan que están exceptuados de ellos. De modo que el Gobierno o la Comisión, al definir en qué "procesos competitivos" pueden utilizarse mecanismos anónimos estandarizados puede incidir en esta materia. Esto vulnera el principio de "reserva de ley" que es propio del régimen de los servicios públicos según los artículos 365, 367, 369 y 370 de la Constitución pues confiere discrecionalidad a las autoridades administrativas sin que los límites de tal discrecionalidad estén claros en la ley. Ello, por lo demás, no "evita" violaciones puntuales al derecho constitucional a la libre competencia al permitir posiciones dominantes que llevan a abusos.

7. Síntesis y conclusiones.

Por las razones expuestas, y también en vista del Párrafo segundo, el artículo 298 del PND, en su integridad, debe ser declarado inconstitucional, en la medida en la que permite integraciones empresariales verticales -solo con controles posteriores - en detrimento del derecho a la competencia, por reducción del número de competidores y porque no tiene carácter preventivo frene a abusos de posición dominante; y porque facilita que, por simples actos administrativos, se modifiquen reglas legales, en una materia que tiene "reserva de ley". Por lo demás, el artículo demandado adopta una postura regresiva frente a la protección del derecho a la competencia y a los riesgos de abusos de la posición dominante.

IX. SEGUNDA PARTE DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: LA DECLARACIÓN DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 298 DE LA LEY DEL PND NO PRODUCIRÍA UN "VACÍO LEGAL".

La segunda parte de la pretensión de esta demanda solicita:

Que la declaración se haga con efectos a partir de la fecha de la sentencia; y que, para asegurar la eficacia de los artículos 2, 93, 157, 158, 333, 339, 340, 341, 342, 365 y 369 de la Constitución sin que la declaración produzca un vacío normativo se disponga en la sentencia que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas ejercer las facultades que les dan la Constitución y la ley en relación con las integraciones verticales en el sector eléctrico.

La jurisprudencia constitucional ha debatido acerca de la suerte de las normas derogadas, una vez que la norma que las deroga es declarada inconstitucional. En la Sentencia C-251 de 2011, de la cual fue ponente el Magistrado Vargas Silva, reiterando la doctrina de la sentencia C-402 de 2010, de la cual fue ponente el mismo Magistrado, concluyó:

La Corte Constitucional ha llegado a la conclusión que no siempre la inexequibilidad de una norma derogatoria implica "la reviviscencia de normas derogadas", pues para ello es necesario establecer: i) si el vacío normativo es de tal entidad que el orden constitucional se pueda ver afectado y ii) efectuar una ponderación entre los principios de justicia y seguridad jurídica, y frente a la oportunidad para determinar si se revive o no una norma derogada, se dijo que no existe un término o etapa específica para esa decisión, por cuanto se puede adoptar en la misma providencia en la que se determina la inexequibilidad, si la Corte así lo juzga necesario, o, posteriormente,



cuando deba controlar el precepto derogado, una vez se haga uso de la acción pública de inconstitucionalidad.

Con base en la jurisprudencia de la Corte, citada en esta demanda, y en la teoría económica, el efecto final de las integraciones verticales sobre el derecho de los usuarios a la competencia y a que se evite el abuso de posiciones dominantes es un asunto que debería ser objeto de examen particular, en cada caso, antes que de decisiones legales rígidas. Tanto el artículo 74 de la Ley 143 como el artículo 298 de la Ley del PND contienen **visiones opuestas y rígidas** acerca de permisibilidad de las "integraciones verticales". Tales visiones condicionan hoy lo que pueden hacer la Superintendencia de Industria y Comercio y la Creg en materia de tales integraciones. Por eso, si ambos artículos -74 de la ley 143 y 298 de la ley del PND desaparecieran, quedarían vigentes las facultades de la Superintendencia y la CREG para decidir, caso por caso, si una "integración vertical", existente o propuesta, respeta o no los derechos de los usuarios a la competencia en los servicios públicos y a la prevención de abusos de posiciones dominantes. Las decisiones de tales autoridades, por supuesto, estarían sujetas a control judicial, de modo que habría oportunidad de un amplio debate técnico y jurídico para examinar, caso por caso, la conveniencia de la integración a la luz de los derechos constitucionales. Esto sería, en nuestra respetuosa opinión, mucho más conveniente para la salvaguardia de los derechos constitucionales involucrados en el asunto, que volver a la posición más rígida del artículo 74 de la Ley 143.

La desaparición, tanto del artículo 298 de la Ley del PND como artículo 74 de la Ley 143 no haría que los derechos constitucionales involucrados quedaran desamparados: por el contrario, habría oportunidad de estudios más detallados en el orden técnico y consitucional sobre la materia. Las normas legales ya existentes que permitirían ese estudio son, entre otras, las que cito en seguida:

El artículo 12 de la ley 1340 de 2009 dice , en efecto, para el caso de las propuestas de "integraciones verticales" :

Artículo 12. *Excepción de Eficiencia.* Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

De otra parte, en cuanto a las "integraciones verticales" que ya existan y que puedan dar lugar a abusos de "posición dominante" la Creg siempre podría dar una orden de desintegración, con base en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 y en la facultad que le otorga el numeral 73.13 de la Ley 142 de 1994:

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia..

XI. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud del artículo 241 de la Constitución Política por medio del cual se le "confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo", y en cuyo numeral cuarto se le asigna la función de "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

2. Cosa Juzgada Constitucional

Hasta donde conozco, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, de modo que no existe cosa juzgada en el presente caso. Por esta razón procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

3. Trámite

El trámite que debe darse a esta demanda es el del Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que existen en relación con el trámite de las demandas de inconstitucionalidad.

4. Principio *Pro actione*

Considero que esta demanda cumple con los requisitos de admisión teniendo en cuenta que los argumentos expuestos son claros, pertinentes y suficientes de acuerdo con los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional. Sin embargo, si la Corte no lo considera así, solicito a los Honorables Magistrados aplicar el principio *Pro Actione*.

5. Notificaciones

Las recibiré en la secretaría de la Honorable Corte Constitucional, en el correo electrónico hpalacios@palacioslleras.com o en la Carrera 11 No. 82-01 Oficina 1002 en Bogotá.

De los señores magistrados, con el debido respeto,



HUGO PALACIOS MEJÍA
C.C. 17'064.471 de Bogotá
T.P. 4003 del C.S. de la J.

XI. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud del artículo 241 de la Constitución Política por medio del cual se le "confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo", y en cuyo numeral cuarto se le asigna la función de "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

2. Cosa Juzgada Constitucional

Hasta donde conozco, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, de modo que no existe cosa juzgada en el presente caso. Por esta razón procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

3. Trámite

El trámite que debe darse a esta demanda es el del Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que existen en relación con el trámite de las demandas de inconstitucionalidad.

4. Principio *Pro actione*

Considero que esta demanda cumple con los requisitos de admisión teniendo en cuenta que los argumentos expuestos son claros, pertinentes y suficientes de acuerdo con los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional. Sin embargo, si la Corte no lo considera así, solicito a los Honorables Magistrados aplicar el principio *Pro Actione*.

5. Notificaciones

Las recibiré en la secretaría de la Honorable Corte Constitucional, en el correo electrónico hpalacios@palacioslleras.com o en la Carrera 11 No. 82-01 Oficina 1002 en Bogotá.

De los señores magistrados, con el debido respeto,

HUGO PALACIOS MEJÍA
C.C. 17'064.471 de Bogotá
T.P. 4003 del C.S. de la J.

NOTARIA
35

PRESENTACION PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO CON HUELLA

M.A. BEATRIZ SANIN POSADA
NOTARIA 35 DEL CIRCULO DE BOGOTÁ D.C.



Certifica que:

Este documento dirigido a: Interesado

fue presentado personalmente el día: 21/10/2019

Por:

PALACIOS MEJIA HUGO

Quien se identificó con: C.C. 17064471

y con T.P. No. 4003 del C.S.J.



y manifestó que reconoce expresamente el contenido del mismo y que la firma y huella que en él aparecen son suyas. En constancia firma nuevamente y por solicitud suya estampó la huella de su índice derecho.

"La certificación de la huella causa derechos notariales según tarifa"

Bogotá D.C. 21/10/2019

tn5h66ntgtt5g5tu

Hugo Palacios Mejia



ESCUELA DE IDIOMAS

Universidad de Antioquia
Escuela de Idiomas
Programa de Traducción
Examen para Traductor e Intérprete Oficial



ACTA DE EXAMEN N. ° 177

En cumplimiento de la Ley 962 de 2005, Art. 33 que dicta las nuevas disposiciones sobre el Examen para el ejercicio del oficio de traductor e intérprete oficial en el territorio colombiano, la Comisión del Examen para Traductor e Intérprete Oficial de la Escuela de Idiomas de la Universidad de Antioquia, designó dos jurados para la evaluación de los aspirantes; así mismo, elaboró las pruebas establecidas para el Examen y los parámetros de evaluación que fueron aplicados por los jurados, administró la aplicación de las pruebas, coordinó su evaluación y recibió los resultados respectivos.

Luego de dicho proceso, dicha Comisión certifica que el candidato **Hundry Alnardo Marquina Moreno** con cédula de extranjería n. ° 654693 presentó las dos pruebas escritas y las dos pruebas orales en el par de lenguas *inglés-español* el día 28 del mes de abril de 2018, con los resultados que se detallan a continuación:

	INTERPRETACIÓN		TRADUCCIÓN	
	A vista	Alternativa	Directa	Inversa
Promedio	3,5	15	7	6

Tras promediar los informes evaluativos de ambos jurados, la calificación final del candidato fue 92, dando como resultado final:

APROBADO X NO APROBADO

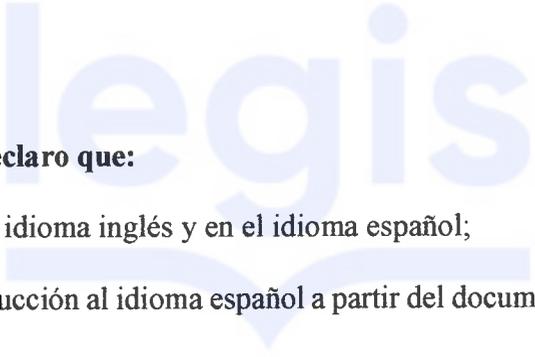
En constancia se firma la presente Acta del Examen en Medellín, a los 17 días del mes de julio de 2018.

Dr. Gabriel Quiroz Herrera
Profesor Titular
Coordinador
Comisión del Examen para Traductor e Intérprete Oficial
Programa de Traducción
Escuela de Idiomas
Universidad de Antioquia

CERTIFICACIÓN DE TRADUCCIÓN

Bogotá D.C., 20 de octubre de 2019

Yo, **Hundry Alnardo Marquina Moreno**, traductor e intérprete oficial en los idiomas inglés y español, registrado en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia conforme al Certificado de Idoneidad número 177 del 17 de julio de 2018 expedido por la Universidad de Antioquia,



por medio de la presente declaro que:

- 1. Soy competente en el idioma inglés y en el idioma español;
- 2. He realizado esta traducción al idioma español a partir del documento en idioma inglés que he tenido a la vista;
- 3. La traducción adjunta es una traducción fiel y exacta a mi leal saber y entender.

Documentos:

- Capítulo titulado “Integración financiera” del libro La economía de la regulación de Alfred E. Kahn.

En fe de lo cual, coloco mi firma y fijo mi sello en todas las páginas de la traducción adjunta en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia.

Hundry Alnardo Marquina Moreno
 República de Colombia
 Traductor Oficial
 Hundry Alnardo Marquina Moreno
 Idiomas: Español-Inglés
 Cert. 177 de 17/07/2018
 Traductor e intérprete oficial
 Cédula de Extranjería núm. 654-693
 Certificado de idoneidad núm. 177
 hundrymarquina@gmail.com
 Telf.: +57 3118333118

Segunda impresión, 1989

© 1988 Instituto Tecnológico de Massachusetts

Publicado por primera vez en dos volúmenes en 1970-1971 bajo el título *La economía de la regulación: principios e instituciones* (volumen 1: Principios económicos. 1970; volumen 2: Problemas institucionales. 1971) por John Wiley & Sons Inc., Nueva York. Derechos de autor © 1970 y 1971 de John Wiley & Sons Inc.

Este libro fue impreso y encuadernado en los Estados Unidos de América.

Datos de catalogación de la Biblioteca del Congreso

Kahn, Alfred E. (Alfred Edward)
La economía de la regulación.

Bibliografía: p.
Incluye índice

Contenido: v. 1. Principios económicos – v. 2. Problemas institucionales
1. Industria y estado – Estados Unidos. 2. Regulaciones comerciales – Estados Unidos. 3. Monopolios – Estados Unidos.

I. Título

HD3616.U47K28 1988 338.973 87-32484

ISBN 0-262-11129-2

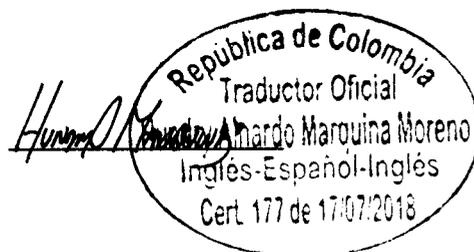
ISBN 0-262-61052-3 (pbk.)

[Aquí aparece el último párrafo del capítulo anterior]

Integración financiera

Pese a que los méritos de la integración financiera de las compañías de servicios públicos presentarán diferencias entre un tipo de integración y otro, y entre una industria y otra, existen ciertos temas o consideraciones, a favor y en contra, que son más o menos comunes entre todas. Por lo tanto, es más eficiente exponerlos al principio para así brindar un sendero para las ilustraciones individuales más detalladas que vendrán. De esta forma, ilustraremos, una vez más, las dos partes de la tarea de diseñar la mejor estructura institucional posible para cualquier industria: por un lado, el desarrollo y reconocimiento de los principios y consideraciones comunes, y, por el otro, lograr el mejor equilibrio posible en lo pertinente, siempre en las circunstancias relativamente únicas de cada caso en particular.

Estas mismas observaciones aplican de igual forma a los sectores no regulados de la economía. Lo que hace relativamente única su aplicación en la cuestión de los servicios públicos es el grado normalmente mayor de poder de monopolio que existe en estas industrias, la mayor restricción externa a la explotación plena de dicho poder impuesto por la misma regulación, y el carácter especial de su tecnología. No obstante, estas solo son diferencias de grado; es una pregunta



abierta si el grado de poder de monopolio que existe o que se debe permitir de forma apropiada en algunas de las industrias reguladas, en particular el transporte, es mayor al que existe en aquellos sectores teóricamente no regulados de la industria, como la producción de automóviles o cortes de cabello. También es una pregunta abierta cuán mayor es la restricción que se le impone al ejercicio del monopolio mediante regulaciones públicas formales en estas industrias que las distintas influencias informales y autorestricción directiva en algunos de los sectores no regulados de la industria.¹

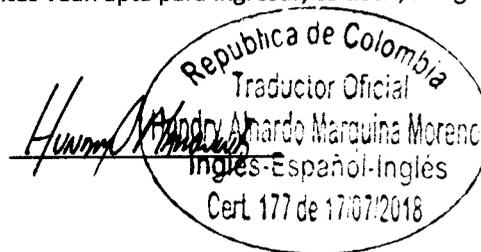
El caso más simple de la integración es que pudiere ser una forma más eficiente de hacer negocios. Con respecto a la integración horizontal, la situación extrema es el monopolio natural. La integración vertical puede hacer posible realizar una mayor sincronización de los flujos de entrada y salida, un mayor control de calidad, un mejor ajuste de capacidad en las distintas etapas del proceso de producción que pueden lograr compañías distintas que se tratan entre sí en igualdad de condiciones y, además, puede ahorrar lo suficiente en costos reducidos de venta y transferencia de materiales o productos de un nivel a otro para compensar a las compañías en lo referente a la limitación de su gama de elección de proveedores o clientes normalmente involucrados. Las posibles ventajas de eficiencia de la integración de conglomerado se pueden concebir de mejor manera desde una mayor o mejor utilización de la capacidad de una compañía, generalmente definida como donde su administración, planta física de producción, laboratorios de investigación o instalaciones de distribución pueden asumir un producto o mercado adicional con un mayor aumento en los costos que si aquellos productos o mercados fueren suministrados por compañías distintas.

Solo por estas razones, la integración puede potencialmente promover la competencia ya que su ahorro en los costos puede permitir que las compañías compitan de forma más eficiente, pero también por la misma integración: claramente contribuye a la competencia si las compañías tienen la libertad de asumir cualquier función nueva que deseen en el momento que crean que puedan desarrollarias más eficientemente que antes. Por esto, la mera capacidad de las compañías constituye un tipo de competencia potencial que ayuda a las otras compañías a mantenerse alertas.²

¹ En cualquier caso, dado que este libro se centra en las industrias formalmente reguladas, no hacemos esfuerzo explícito en el desarrollo para demostrar de forma consistente en cuáles aspectos aplica el argumento de forma equitativa a los sectores no regulados y en cuáles aspectos no.

² "Las compañías grandes y la integración son agencias necesarias y manifestaciones inevitables de un sistema empresarial libre. Se le debe permitir crecer a la firma que compita de forma exitosa y, de la misma manera, los negocios en general deben ser libres de expandirse si creen que, de esta manera, pueden mejorar su capacidad de servir al cliente. La competencia también exige que las unidades empresariales sean libres, en general, de asumir nuevos productos, nuevas funciones o de ingresar a nuevos mercados, es decir, de integrarse". Reimpreso de Dirlam y Kahn, *Fair Competition* (Competencia justa). 141. Derechos de autor 1954 por la Universidad de Cornell. Utilizado con el permiso de la editorial universitaria de Cornell.

"El freno más simple al poder del monopolio, la cura más efectiva al mal desempeño y lo más consistente con la libre empresa es la libertad de ingreso. Aquí se incluye, claramente, el derecho de una empresa existente a extender sus operaciones en cualquier área que sus gerentes vean apta para ingresar, es decir, integrarse". *Ibidem*. 151-152.



En lo referente a la integración vertical y conglomerada, esta posible contribución competitiva trae como resultado una defensa contra la suposición difundida que la integración es inherentemente peligrosa porque aumenta el poder de la empresa y crea la amenaza del monopolio. La defensa tiene dos componentes: primero, el poder del monopolio, como lo define el economista, depende principalmente del número de vendedores de algún producto o servicio dado; es un fenómeno horizontal. Ni la integración vertical ni conglomerada en sí cambia la estructura del mercado en este aspecto, al menos no para peor. Si se completa mediante adquisición, todo lo que cambia es la identidad de la firma en el mercado en cuestión. Si se completa mediante expansión interna, es decir, si la firma integradora ingresa al negocio al construir sus propias instalaciones, el efecto inmediato es el aumento en uno del número de competidores en el mercado en cuestión. (Claramente, esta defensa no aplica a la integración horizontal y, especialmente, al completarse mediante fusión. En este caso, el número de competidores en cualquier mercado en particular se reduce en uno).

La segunda parte de la defensa es la siguiente: si una firma no puede aumentar su poder de mercado mediante integración vertical o conglomerada, ¿cuál es la posible razón que podría tener para integrarse sino por la creencia de que puede realizar la nueva función al menos igual o mejor que lo que ya hace la firma? (Por supuesto, si uno sintiere que las posibilidades de la explotación monopolística en un mercado se aumentan solo por el hecho de que las firmas en éste son grandes e integradas –una visión defendida entre los economistas³- esta defensa tiene persuasión reducida).

³ Uno de los exponentes principales de esta posición es Corwin D. Edwards. Vea, por ejemplo, su *Conglomerate Bigness as a Source of Power* (Grandeza conglomerada como fuente de energía), *Business Concentration and Price Policy* (Concentración empresarial y política de precios), una conferencia de las universidades-oficina nacional, Comité de Investigación Económica (Princeton: Editorial de la Universidad de Princeton, 1955) 331-361, y su testimonio ante el Comité Hart, Senado de Estados Unidos, Comité judicial, Subcomité contra el monopolio, la segunda sesión del octogésimo octavo congreso, *Concentración Económica, Audiencias*, parte 1, 1964, 36-56; vea también la respuesta de Jesse W. Markham, *ibidem*, parte 3, 1269-1281.



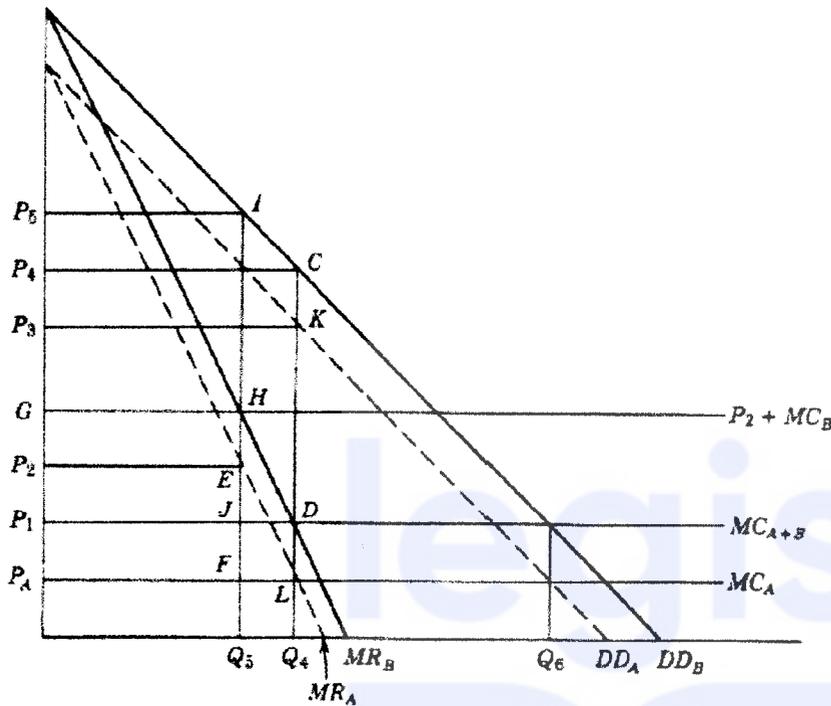


Imagen 1. El efecto estático de la integración vertical.

Esta defensa se ha desarrollado con mayor claridad en la integración vertical, pero también se ha aplicado, con modificaciones, a la integración conglomerada y una gama de prácticas competitivas, como tratos exclusivos, distribuciones territoriales exclusivas, impulso para líneas completas y ventas combinadas⁴ que alcancen algunos de los beneficios de la integración y en general se consideren que sean, al menos, en efecto, potencialmente anticompetitivos. Aunque se debe modificar este caso sustancialmente para el contexto de los servicios públicos, su entendimiento es importante. La imagen 1 brinda la explicación más simple posible al argumento.

La integración vertical solo causa problema en los casos donde existan poderes monopolísticos preexistentes. Si todos los estratos horizontales de la industria, los que representan los estados sucesivos del proceso de producción, fuesen puramente competitivos, no habría efecto en la competencia si algunas de las firmas adoptasen dos o más de estos estratos en sus propias esferas de operación, sino que las firmas integradas aún estarían sujetas a las revisiones desinhibidas de la competencia en el momento que hiciesen sus ventas finales. Por lo tanto, aquí asumimos la etapa final en el monopolio, una firma individual que vende un producto final, B, cuya demanda se indica en la imagen. También asumimos, para simplificar el tema, que la industria solo tiene dos estratos, uno que produce el insumo A y el segundo transforma el A en B, con sus respectivos costos marginales que asumimos que son horizontales por motivos de simplicidad. Si el monopolista no está regulado y es capaz de comprar su insumo A al costo mínimo (es decir, MC), maximizará las ganancias al producir hasta el punto donde MC_{A+B} sea igual

⁴ Vea los escritos de Bork y Bowman citados en la nota 21.

a MR_B . Su producción será Q_4 , su precio será P_4 y su ganancia del monopolio será el rectángulo P_1P_4CD .⁵ Siempre que pueda comprar su insumo A al costo mínimo, no tendrá ningún incentivo para integrarse verticalmente; podrá extraer toda la ganancia posible del monopolio que ha de extraerse del mercado al cobrar el margen CD de sus propios costos marginales. Claramente, solo se integraría hacia atrás si estuviere pagando un precio por A mayor al que (cree) le costaría producirlo por sí mismo, dado que los proveedores actuales son menos eficientes a él o dado a que tienen el poder del monopolio y le están cobrando más que MC , o si existiesen eficiencias adicionales en la combinación de las operaciones.

La imagen 1 ilustra una de estas posibles ocasiones. Supongamos que los proveedores de A tienen cierto poder de monopolio y, por lo tanto, son capaces de no cobrar P_A sino, por ejemplo, P_2 , dándoles así las ganancias del monopolio designadas por el rectángulo P_AP_2EF . En este caso, el monopolista hacia adelante vería que sus propios costos marginales se habrán elevado al nivel P_2+MC_B . En estas circunstancias, maximizaría sus propias ganancias al producir hasta el punto donde esta nueva curva de costo marginal elevado artificialmente se iguale a MR_B o la cantidad Q_5 . Aún recibiría parte de sus ganancias del monopolio, GP_5IH , pero ahora se tendría que compartir parte de la ganancia potencial del monopolio de la industria con los proveedores de A . En este caso, obviamente le resultaría mejor realizar la producción de A por sí mismo, obteniendo así el insumo al precio de costo, MC_A , aumentando su producción a Q_A y reduciendo su precio a P_4 , y, de esta manera, gozaría una vez más de las ganancias del monopolio P_1P_4CD . Cabe resaltar que, en este caso, donde se transfieren los insumos de un estrato a otro a precios en exceso a los de los costos marginales, el precio al consumidor final se aumenta incluso por encima del nivel cobrado por un solo monopolista integrado; y que, por lo tanto, la integración vertical viene en beneficio del consumidor así como del propio monopolista [sic].⁶

⁵ El lector podría tener problemas para aceptar la diferencia entre el costo marginal y el precio como medición de las ganancias del monopolio. La competencia pura sí iguala el precio con el costo marginal, pero, dado que no existe certeza que el costo marginal en el corto plazo sí cubrirá el costo total promedio, podría ser más fácil para el lector interpretar las líneas de MC en el diagrama como un costo marginal en el largo plazo, en una industria que produce bajo condiciones de costo constantes. Esto significa que se puede considerar que MC es igual a ATC cuando la firma opere en el punto de menor costo.

⁶ De hecho, es para el beneficio conjunto de los proveedores en ambos niveles. Los dos monopolistas en consecutivo no tienen éxito al maximizar sus propias ganancias agregadas al operar independientemente de la manera indicada. El total de las ganancias obtenidas por los proveedores de A y por el monopolista B , P_AP_2EF y GP_5IH , respectivamente, es menor a P_1P_4CD , las ganancias obtenidas por este último cuando es capaz de obtener sus insumos al MC . La razón de esto es muy simple: sin importar el precio arbitrario por el cual se transfiere A , el verdadero costo marginal de todo el proceso de producción aún es MC_{A+B} . El aumento en la producción del Q_5 al Q_4 efectuado por la integración vertical añadiría más a los ingresos que a los costos: la ganancia sacrificada se representa con el triángulo JHD (JH es la cantidad por la cual se infla el costo de A al proveedor de B por el monopolio). La demostración anterior se toma esencialmente de J.J. Splenger, *Vertical Integration and Antitrust Policy* (Integración vertical y política antimonopolios), *Jour. Pol. Econ.* (agosto de 1959), LVIII: 347. Robert H. Bork ha desarrollado este argumento con mucho más detalle, particularmente en su artículo *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception* (Integración vertical y la Ley Sherman: la historia jurídica de un error económico), revista de derecho de la Universidad de Chicago (otoño de 1954), XXII: 157. Bork y Ward S. Bowman Jr. también han aplicado un razonamiento parecido a la integración conglomerada y las distintas prácticas comerciales presuntamente restrictivas en *The Crisis in Antitrust* (La crisis del antimonopolio), *Fortune*, reproducido junto a los intercambios con

Página 5 de 12

Así tenemos una ilustración simple acerca de la integración vertical en terrenos estáticos. El poder del monopolio es un fenómeno horizontal, no vertical. El interés del monopolista (horizontal) es tener todas las demás funciones de su industria –el suministro de sus insumos, el procesamiento y la distribución de sus productos- operando a un costo mínimo y cobrado al precio mínimo. Siempre que prevalezcan estas dos condiciones, no tendrá incentivo para integrarse verticalmente. Podrá apropiarse la máxima ganancia disponible en la industria al precio que cobre por su propio servicio, teniendo seguro que el precio se agregará y habrá sido agregado al mínimo cobro posible para todos los demás servicios hacia atrás y hacia delante de él. De no existir estas condiciones, sí le será beneficioso integrarse; no obstante, en este caso (de no haber cometido error al hacerlo), la reducción resultante del costo o precio por la cual se realiza solo será beneficiosa para los consumidores, si les llegase a afectar.

Los posibles beneficios también presentan un aspecto dinámico. Como hemos sugerido, el acto de integración o la mera amenaza de ingreso al mercado de este dispositivo puede brindar el mismo estímulo que brindan otras formas de competencia directa y horizontal para continuar los esfuerzos de reducción de mercado e innovación por parte de las compañías en dicho mercado. Adicionalmente, la integración puede incentivar la integración e innovación debido a los *incentivos* especiales que pudieren surgir como resultado⁷, las *oportunidades* especiales que genera y la

Harlan M. Blake y William K. Jones como *The Goals of Antitrust: a Dialogue on Policy* (Los objetivos del antimonopolio: diálogo sobre su política), *revista de derecho de Columbia* (marzo de 1965), LXV: 363-466.

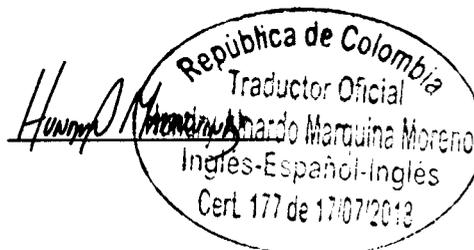
⁷ Al rechazar el permiso para que la Michigan Consolidated Gas Co. financiase proyectos habitacionales de ingresos bajos y moderados en el área de Detroit (nota 2, p. 253 anterior), el SEC sostuvo que la operación propuesta no contaba con el requisito “relación operativa o funcional” con la empresa de servicios públicos. La ley sí parecía contemplar la integración continua con “otros negocios” solamente bajo la presencia de relaciones directas y físicas entre las distintas operaciones para que su operación integrada resultase en menores costos de producción o distribución. Al hacer esto, parece haber ignorado la posibilidad de relaciones *comerciales* especiales como las que, bajo la integración, pudieren surgir, como un incentivo para participar en inversiones socialmente deseables que, de otra manera, no se hubiesen podido hacer. Como argumentó el comisionado Smith en su disenso:

“La piedra angular de cualquier análisis razonable de estas cuestiones es el término “negocio”. Las funciones de los negocios empresariales son cada vez más amplias en su concepto que una estricta limitación a las operaciones... Las compañías de servicios públicos tienen un compromiso básico especial con las áreas donde operan... No es posible para un servicio quitar sus estacas y mudarse a otra área... Si se dilapidan y se vuelven inhabitables porciones grandes del área de servicio, el servicio público no solo deberá enfrentar una posible reducción de sus ingresos, sino también los gastos adicionales y la responsabilidad de servir áreas que yacen más allá...”

“En virtud de la relevancia reconocida de forma congresual de las inversiones actuales, creo que se puede determinar que, conforme a la sección 11(b)(1), dichas inversiones son razonablemente incidentales y económicamente necesarias o apropiadas para las operaciones del sistema del servicio público...”

“Los proyectos habitacionales propuestos involucran compromisos modestos de capital y brindan un beneficio económico de dichas inversiones para los inversores y los consumidores. Por la misma razón, las inversiones, conforme a la sección 9(c)(3), también son <<apropiadas en el curso normal de las operaciones>> bajo cualquier construcción de dicho término que considere las dinámicas de las funciones y responsabilidades empresariales contemporáneas”. *Loc. cit.*

Página 6 de 12



capacidad adicional que pudiere dar a una firma para movilizar recursos para este fin. Las compañías tendrán incentivos inusuales para desarrollar equipos nuevos u otros insumos que requiere para sus propias operaciones, para mejor producción o para nuevos usos de su producto; podrían tener oportunidades inusuales que surjan de su propia experiencia operativa para percibir la necesidad y posibilidades de dicho esfuerzo. Además, al ser capaz de asegurar innovaciones exitosas en un mercado, podría ser más capaz de justificar la aplicación de recursos para su desarrollo.⁸

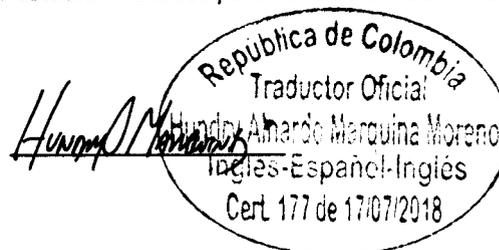
⁸ El hecho de que la capacidad superior de una compañía grande integrada de elevar el capital sea un reflejo de la imperfección del mercado de capital o si es una ventaja genuina de eficiencia otorgada por la integrada es una cuestión complicada que no se puede resolver aquí. Es cierto que si una compañía A puede aumentar sus fondos para asumir una inversión X dado que los inversores saben que estarán protegidos por la amplia gama de operaciones y fuentes de ingreso de A en caso de cualquier pérdida posible si dicho proyecto termina siendo un fracaso, mientras que la compañía B no puede elevar su capital para esa misma inversión, existe un elemento de imperfección en el mercado de capitales; puede decirse que la ventaja de la compañía integrada A sobre la compañía no integrada B es esencialmente privada y estratégica. La prueba apropiada sobre si se debe realizar una inversión en particular es seguramente el riesgo de dicha inversión, no el riesgo que afectaría al *inversor*; esta última podría ser grande o pequeña según el mero tamaño o diversificación del prestador. Vea toda la discusión de este punto en la nota 117. Un argumento relativamente contrario se encuentra en George J. Stigler, *Imperfections in the Capital Market* (Imperfecciones del mercado de capitales), *Jour Pol. Econ.* (junio de 1967). LXXV: 287-292.

En el caso donde la ventaja de A surge del hecho de que se encuentra en una mejor posición para percibir la oportunidad de inversión o para asegurar su éxito, podría ser una genuina ventaja social de eficiencia de integración.

Toda esta área es una en la que los economistas no han desarrollado por completo juicios normativos satisfactorios. Debido a que el escritor actual ha lidiado con el problema en cierto nivel (en colaboración con M.G. de Chazeau), podría excusarse de citar hasta cierto punto el estudio anterior: *La teoría económica generalmente ha encontrado el caso más fuerte de imperfección del mercado en las condiciones necesarias para el progreso económico... Aquí, de existir en algún lugar, la seguridad de la posición establecida, otorgada por el tamaño y la integración, podría ser necesaria para equilibrar los peligros de experimentos largos y costosos, de gastos a largo plazo en la investigación y desarrollo de productos y procesos nuevos, y de las exploraciones para revelar nuevas fuentes de petróleo y nuevas formas para desarrollar sintéticos que tomen su lugar. Se puede realizar un caso lógico sobre la propuesta de que los beneficios públicos de estas ventajas de una compañía grande integrada verticalmente –de su mayor sensibilidad a las oportunidades de inversión, habilidad para dirigir fondos y voluntad para utilizarlos a tasas anticipadas de rendimiento relativamente bajas. Integration and Competition in the Petroleum Industry* (Integración y competencia en la industria petrolífera) (New Haven: Editorial de la Universidad de Yale, 1959). 278.

“Las posibles contribuciones [de la integración a la innovación] varían, pero la básica se encuentra en la naturaleza de los *incentivos* inherentes a la propia integración, que surjan del fortalecimiento y apoyo mutuo que se prestan entre sí las operaciones independientes de la compañía. La propiedad de grandes cantidades de crudo agrio prácticamente inutilizable dio a Standard Oil un motivo urgente para diseñar un proceso de desulfuración y de aplicarlo ampliamente una vez se diseñase. Los márgenes bajos y precarios de los refinadores brindaron fuertes incentivos para minimizar los costos de descargar el petróleo en la refinería y distribuir sus productos, sino que prácticamente fueron obligados a desarrollar tuberías... para mejorar la eficiencia de su transporte de barcazas y tanqueros, y para impulsar la racionalización de su mercadeo. Las fuertes inversiones en las instalaciones de refinamiento y mercadeo, así como la reducción de la producción de crudo en California, sin duda estimularon a Union Oil a adquirir terrenos de esquisto y a estudiar métodos para utilizarlos. Podríamos seguir, pero el punto es

Página 7 de 12


 Republica de Colombia
 Traductor Oficial
 Humberto Alvarado Marcuina Moreno
 Inglés-Español-Inglés
 Cert. 177 de 17/07/2018

Existen peligros compensatorios incluso en la industria no regulada que giran alrededor de la posibilidad de que la integración puede proteger, reforzar, o extender el poder de monopolio (horizontal) preexistente. El problema se ha discutido mucho y no emprenderemos esfuerzos para analizarlo aquí,⁹ pero estos peligros se acentúan con el monopolio y la regulación. La integración vertical hacia atrás es una forma posible de eludir la regulación en la explotación del poder del

simplemente que, en una operación estrechamente integrada, el fracaso, irritación, necesidad o excedente en cualquier nivel o proceso de la industria crean un desequilibrio que provoca la existencia de actividades compensatorias con beneficio social en otros niveles.

Mientras más grande sea el frente de exposición de las operaciones comerciales de la firma, mayor será la probabilidad de que los expertos en su organización reconozcan las potencialidades de una idea o producto nuevo en la aplicación comercial y, mientras mayores sean los intereses comerciales de la firma, más probable será que dirija sus recursos al desarrollo de dicha idea. Pp. 309-310.

El conocimiento imperfecto y la competencia imperfecta son característicos de todos los mercados reales, incluidos los mercados de capitales. Es por estas imperfecciones que la planeación y presupuestación de desembolsos de capital son funciones administrativas esenciales y la integración puede contribuir a un rendimiento más efectivo. La Firma A, la cual integra varios niveles de producción y procesamiento, pudiere tener mejor conocimiento que la firma B, la cual opera a un solo nivel, sobre cuáles inversiones son rentables para la inversión privada y continuarán abasteciendo una necesidad pública. También puede ser que A y B reconozcan una oportunidad de inversión socialmente rentable, pero, debido a que el mercado de fondos crediticios es imperfecto, solo A podrá efectuar la financiación necesaria bajo términos aceptables... dicha ventaja sería la capacidad superior de A de reducir los riesgos reales o de percibir todos los beneficios de la inversión al adaptar un proyecto en especial a su estructura integrada con ventajas consecuentes de sostenimiento o fortalecimiento en más de un nivel de operación. Por ejemplo, podría pagarle a una compañía petrolera integrada, pero no a un desconocido, para que convierta los subproductos del petróleo en detergentes sintéticos, transportarlos al mercado con sus propios camiones y venderlos en sus propias estaciones de servicio debido a que los costos añadidos del proyecto son leves y ya tiene instalaciones para hacer parte del trabajo.

Parece imposible dudar que, debido al acceso superior a los conocimientos, oportunidades, incentivos, recursos o debido a que ya poseen parte de la capacidad necesaria y se requiere de relativamente poco capital añadido para realizar la nueva función, las firmas integradas pueden realizar inversiones que, en otro contexto, no se harían, inversiones que podrían demostrarse que se pueden justificar económicamente en el sentido de que añaden al producto social una cantidad suficiente de bienes y servicios para justificar el uso de los ahorros para esto en lugar de para alguna otra cosa. (Ibídem, 260-261).

Para un argumento similar, interpretar la "integración como un ajuste de riesgo e incertidumbre", lo cual, al "aumentar el conocimiento y el control", promueve la eficiencia, reduce varios costos relacionados a seguros y, en ciertas circunstancias, vuelve comercialmente posible la adopción de nuevas tecnológicas reductoras de costos, vea el artículo de H. R. Jensen, E. W. Kehrberg y D. W. Thomas, *Southern Econ. Jour.* (abril de 1962), XXVIII: 378.384.

⁹ Vea el intercambio de Blake & Jones con Bork y Bowman, nota 21; también el *Bilateral Monopoly, Successive Monopoly and Vertical Integration* (Monopolio bilateral, monopolio sucesivo e integración vertical), *Económica*, n.s. (mayo de 1960), XXVII: 101-119; Dirlam y Kahn, *Fair Competition* (Competencia justa), 142-150 y *passim*; y de Chazeau y Kahn, *op. cit.*, 44-50 y *passim*.



monopolio.¹⁰ Consideremos la situación ilustrada en la imagen 1: el nivel ideal de producción no es Q_4 sino Q_6 , el precio eficiente no es P_4 sino P_1 , y este es el precio que establecería una comisión reguladora eficiente (asumiendo, como antes, que el costo marginal también es suficiente para cubrir el costo total promedio), siempre que la compañía regulada sea capaz de comprar los insumos A a un precio competitivo o que los produzca ella misma. Sin embargo, si la compañía (o sus funcionarios) fueren capaces de adquirir el control de la producción de A o una participación beneficiosa en su titularidad y este estrato de la industria no se regulase a sí misma, la compañía regulada podría apropiarse de todas las ganancias potenciales del monopolio de esta industria al precio que cobró por A , lo cual sería P_3 , el precio que, cuando se le agregó el costo marginal de realizar la función B , arrojaría a la industria un precio maximizador de ganancia para el consumidor final, P_4 . En este caso, la comisión de servicios públicos comprometería a la compañía a su costo de servicio, P_4 , pero la única diferencia con respecto a la situación de monopolio no regulada sería que la misma cantidad total de ganancias, P_4P_3KL , iría ahora a los bolsillos del productor afiliado no regulado de A en lugar de, en forma P_1P_4CD , a las arcas de la propia compañía de servicios públicos.¹¹

Un segundo peligro particular para los servicios públicos es la tendencia A-J-W. Las compañías reguladas pueden desear integrarse indiferentemente de si pueden realizar las funciones añadidas de forma más eficiente que los otros que ya lo hacen para expandir sus tarifas bases y sus ganancias totales permitidas.¹²

¹⁰ Vea la p.28, nota 20, del volumen I

¹¹ Este mismo resultado se puede demostrar, como lo hemos hecho en las líneas discontinuas de la imagen 1, al preguntar qué sería en pro de un proveedor en monopolio del insumo A para cobrar si supiese que la función hacia adelante, B , se realice solo al precio de MC_B . La demanda derivada del producto A sería DD_A , la demanda del producto final menos el costo marginal de realizar la función B . En este caso, la función de ingreso marginal para la firma A sería MR_A , su punto de maximización de ganancia estaría en la intersección de dicha función de ingreso marginal con su MC_A , su producción óptima sería Q_4 , su precio sería P_3 , a lo cual se agregarían los MC_B , produciendo un precio final de P_4 . Como esto demuestra, la posibilidad de que el centro de la explotación monopolística del consumidor simplemente se transfiera desde la fase de servicio público, B , al estrato de suministro de insumo, A , no depende en sí de la integración vertical; sería mejor para los proveedores de A en cualquier caso organizarse y extraer dichas ganancias del monopolio, de ser posible. Sin embargo, no sería beneficioso para la compañía de servicio público no integrada permitirles que lo hiciesen porque un mayor precio de A se traduce en menores ventas, un menor tipo de base y, por lo tanto, una menor ganancia total permisible. Por ello, tendría más incentivo para integrarse hacia atrás para producir el insumo por sí misma.

¹² Una ilustración interesante de la contribución competitiva de la integración vertical y de sus posibles peligros se encuentra en uno de los primeros casos en los que la Comisión Energética Federal certificó un gasoducto natural competidor. La Michigan Consolidated Gas Company dependía casi por completo de sus proveedores de la Panhandle Eastern Pipe Line Company. La relación entre los dos fue tormentosa, especialmente durante e inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, momentos cuando había poco suministro de gas y la compañía de Michigan alegó que la Panhandle favorecía a sus usuarios industriales. Cuando parecía que la Panhandle no quería expandir su capacidad lo suficiente para cumplir con la creciente demanda del mercado de Michigan, la casa matriz de esta última, la American Light and Traction, creó una subsidiaria, la Michigan-Wisconsin Pipe Line Company, y solicitó en 1945 ante la Comisión Federal de Energía el derecho de colocar un ducto desde el suroeste hasta el área comercial de Michigan y Wisconsin. Panhandle se opuso, con la intención de reservarse el mercado para sí sola. Dado que la Comisión no tenía la autoridad de exigir que Panhandle expandiese su capacidad con más

Página 9 de 12



Esta es solo otra forma de llegar al punto más general de que las defensas a la integración expuestas anteriormente asumen no solo la ausencia de la posibilidad de que pueda aumentar el poder del monopolio, sino también que las firmas intenten maximizar ganancias. Cuando no se les permite hacerlo, pero sí se les permite recuperar todas las adiciones al costo, incluido el rendimiento en todas las inversiones adicionales, la asunción de operaciones en pérdida podría conducir a una maximización de la ganancia. En este mismo sentido, dichos peligros de integración pueden persistir incluso en industrias no reguladas, ya que los administradores están dispuestos a subordinar la maximización de ganancia con el objetivo de aumentar el tamaño o crecimiento de las firmas que administran.

El tercer peligro es aquel que también existe en las industrias no reguladas, pero se acentúa por su mayor poder de monopolio que normalmente existe en las compañías de servicios públicos. Una firma puede, por su integración, excluir a competidores de una oportunidad justa de competir. Esta posibilidad surge, como veremos, bajo la integración conglomerada y en la vertical, pero se puede demostrar mejor con esta última. Cuando un monopolista de un servicio público suministra su propio insumo, excluye por completo a los proveedores independientes de poder vender en lo absoluto a toda la industria. La defensa típica de la integración asume que las compañías integradas continuarán, en puntos críticos, estando sujetas a una prueba del mercado (las firmas integradas verticalmente compiten entre sí y, posiblemente, también con firmas no integradas en sus distintos niveles). En este caso, su eficiencia comparativa siempre está sujeta a una prueba y prevalecen sus incentivos de ser eficiente y progresista. No obstante, el monopolista integrado verticalmente no está sujeto a tal revisión; por lo tanto, incluso si intentase ser tan eficiente como fuese posible, no existe forma de saber si tiene éxito en dicha actividad.

Se puede alegar que estos peligros son los peligros del monopolio simple. Es al monopolio al que le falta ese espíritu competitivo y de revisión; es el monopolio el que está al menos potencialmente sujeto al anquilosamiento gerencial o búsqueda de objetivos distintos a la ganancia. Especialmente, con la presencia de la regulación, la integración puede *extender* el *alcance* de dicho monopolio y la habilidad de *explotarlo*. Cuando un monopolista del servicio público decide producir su propio equipo, también puede (pero no necesita) mediante este acto eliminar las presiones y pruebas de la competencia desde el estrato de la fabricación del equipo. De esta forma, extiende el peligro del conservadurismo gerencial no probado y no incitado por la competencia de la fabricación de insumos.

rapidez, la integración hacía atrás por parte de las compañías locales de distribución demostró ser un medio esencial para brindarles los suministros adicionales que requerían y, así, liberarse de su completa dependencia de su proveedor reacio.

Al mismo tiempo, la Comisión Federal de Energía era consciente del peligro que surgía de que las compañías locales de distribución a partir de entonces dieran preferencia a sus propios proveedores afiliados, cuyos precios propuestos, como sucedió, eran mayores a los cobrados por Panhandle. Por ello, con la certificación del ducto competidor, intentó proteger los derechos de participación de Panhandle en el mercado. Vea Nelson Lee Smith, *op. cit.*, 668-673.



Lo que tenemos es, por un lado, las posibles contribuciones de la integración y, por otro, la competencia para un desempeño eficiente y progresivo con cada dispositivo institucional de una forma potencialmente compatible y no compatible con otras. No es sorpresa que el matrimonio entre la competencia y la regulación sea difícil, con los términos del contrato sujeto a redefinición constante y las partes siempre buscando a sus respectivos abogados. Tampoco es sorpresa que ningún economista sea capaz de prescribir un contrato ideal para todas las partes y todas las circunstancias.

La economía de la regulación

Principios e instituciones
por Alfred E. Kahn

Como presidente de la Junta de Aeronáutica Civil a finales de la década de 1970, Alfred F. Kahn presidió la desregulación de las aerolíneas. Su libro, publicado a principios de esta década, presentó la primera integración integral de la teoría económica y práctica institucional de la regulación económica. En su extensa nueva introducción a esta edición, Kahn estudia y analiza la revolución de la desregularización que no solo se ha llevado a aerolíneas, sino que también ha transformado las compañías de servicios públicos estadounidenses y las industrias privadas en general en los últimos diecisiete años.

Pese a que la actitud con respecto a la regulación ha cambiado varias veces en los años de intervención y las regulaciones gubernamentales se han eliminado y disminuido, la cuestión sobre si regular más o regular menos es un tema de constante debate, uno que la Economía de la regulación aborda de forma incisiva. Claramente continúa siendo el trabajo estándar para el campo, un punto de inicio y herramienta de referencia para cualquiera que trabaje en las regulaciones.

Kahn destaca que, pese a que ha habido cambios dramáticos en las industrias estructuralmente competitivas –las aerolíneas, empresas de transporte, servicios de corretaje de bolsas de valores, trenes, buses, televisión por cable, petróleo y gas natural– se ha disuelto el consenso sobre la conveniencia y necesidad del monopolio regulado en las compañías de servicios públicos bajo los problemas de la inflación, crisis de combustible y la experiencia traumática de las plantas nucleares. Es especialmente franco sobre su evaluación del efecto de la desregularización de las aerolíneas.

Su conclusión actual refleja su trabajo original seminal –que las distintas industrias requieren de mezclas distintas de arreglos institucionales que no se pueden decidir con base en ideologías.

Alfred E. Kahn es profesor Robert Julius Thorne de Economía Política de la Universidad de Cornell y consultor especial de la Asociación Nacional de Investigación Económica.

MIT Press

Instituto Tecnológico de Massachusetts
Cambridge, Massachusetts 02142

KAHEP
0-262-61052-3



TRADUCCIÓN OFICIAL

Yo, **HUNDRY ALNARDO MARQUINA MORENO**, traductor e intérprete oficial en los idiomas inglés y español registrado en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia conforme al Certificado de Idoneidad núm. 177 del 17 de julio de 2018 expedido por la Universidad de Antioquia, por medio de la presente certifico que soy competente en los idiomas inglés y español, que he realizado esta traducción al idioma español a partir del documento en idioma inglés que he tenido a la vista y que la misma es una traducción fiel y completa del original.

EN FE DE LO CUAL, coloco mi firma y fijo mi sello en todas las páginas de esta traducción en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia, a los **veinte (20)** días del mes de **octubre** del año **2019**.



GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES (TRÁMITES DE PRE-EVALUACIÓN)

50 años

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA



GOBIERNO
DE COLOMBIA

legis

Pablo Felipe Robledo Del Castillo
Superintendente de Industria y Comercio

Jorge Enrique Sánchez Medina
Superintendente Delegado para la
Protección de la Competencia

Felipe García Pineda
Aura María García Pabón
Carolina Liévano Liévano
Asesores Despacho Superintendente
de Industria y Comercio

Andrés Pérez Orduz
Coordinador Grupo de
Integraciones Empresariales

Juan Pablo Herrera Saavedra
Coordinador Grupo de
Estudios Económicos



Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA



GOBIERNO
DE COLOMBIA

CONTENIDO

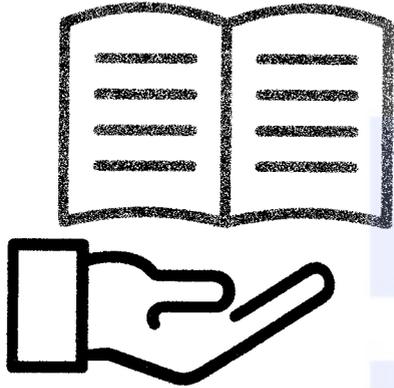
Introducción	4
Normatividad aplicable	5
Definiciones	5
Procedimiento de pre-evaluación	8
Control	10
Excepción del deber de informar	11
Supuestos para informar	11
Definición del mercado relevante	18
Efectos potenciales de la operación	20
Barreras a la entrada	25
Competencia potencial	27
Poder de negociación de los compradores	28
Eficiencias de la operación	28
Conductas durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación	30
Condicionamientos	31

INTRODUCCIÓN

- 1.** La presente Guía de Integraciones Empresariales (en adelante, Guía) tiene por objeto proporcionar una orientación sobre la manera como la Superintendencia de Industria y Comercio (**SIC**) se aproxima al estudio de las solicitudes de autorización de una operación de integración. Asimismo, en el presente documento se presentan los criterios de análisis que en general utiliza la **SIC**, para determinar si con la operación proyectada, podría producirse una indebida restricción de la libre competencia, en los términos de la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y las demás normas concordantes.
- 2.** De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, cuando las empresas intervinientes demuestren que cuentan con menos del 20% de participación conjuntamente evaluadas, en cada uno de los mercados coincidentes o en cada uno de los eslabones de la cadena de valor que resulta ser común entre ellas, las integraciones notificadas se entienden automáticamente autorizadas. Por esta razón, en la presente Guía no se aborda en detalle lo referente al trámite de notificaciones.
- 3.** Dadas las particularidades de cada mercado, esta Guía no tiene por objeto resolver todas aquellas cuestiones que se puedan presentar en todos los casos, ni realizar afirmaciones absolutas sobre la interpretación de las normas aplicables. El análisis que hace la **SIC** en materia de integraciones empresariales es de naturaleza dinámica y flexible, atendiendo las particularidades de cada operación. En consecuencia, la presente Guía no incorpora principios absolutos y solamente tiene efectos ilustrativos.
- 4.** Mediante los análisis efectuados a una operación de integración, la **SIC** propenderá por la protección de la libre competencia en los mercados afectados con el propósito de garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- 5.** En esta Guía se señalan las diversas fases del procedimiento de evaluación de una operación de integración. Aquellas operaciones de integración en las que desde la Fase I. Evaluación preliminar no se vislumbren efectos negativos sobre la competencia, serán autorizadas sin necesidad de continuar con la Fase II. Estudio de fondo. Por el contrario, aquellas operaciones de integración en las que de acuerdo con la información disponible no se descarten efectos negativos sobre la competencia, requerirán el paso a la Fase II. Estudio de fondo, con el fin de contar con mayor información que permita un análisis más profundo sobre los potenciales efectos de la operación.
- 6.** En general, la **SIC** desarrolla el análisis de las operaciones de integración en las siguientes etapas: (i) Definición del mercado relevante; (ii) análisis de la estructura del mercado relevante definido: concentración, dominancia, competencia potencial y barreras a la entrada; (iii) análisis de los potenciales riesgos para la competencia en caso de perfeccionarse la operación: efectos unilaterales y coordinados; y (iv) estudio de las eficiencias que contrapesen dichos riesgos. Dependiendo del nivel de complejidad de cada caso, el análisis de la **SIC** podrá omitir una o varias de las etapas antes mencionadas. El análisis se hará caso por caso.

NORMATIVIDAD APLICABLE

7. El procedimiento aplicable es señalado por los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, las cuales modificaron el capítulo segundo del título VII de la Circular Única de la **SIC**.



san, reducen o impiden el crecimiento de quienes compiten en un determinado mercado. Al igual que las barreras de entrada, la existencia de barreras de expansión puede facilitar el ejercicio de poder de mercado.

11. Es posible clasificar las barreras de entrada y de expansión en dos categorías:

- Barreras estructurales: Surgen de las condiciones básicas del mercado como los costos, la demanda, la tecnología requerida, entre otras. Algunos ejemplos de la existencia de barreras estructurales son: (i) La existencia de economías de escala; (ii) la existencia de altos costos hundidos y de lenta recuperación; (iii) la existencia de un competidor (o un grupo reducido) que controla un activo esencial e irremplazable para la producción de un bien o servicio; (iv) cuando competidores del mercado tienen acceso a una tecnología superior, de difícil acceso para un competidor entrante o para competidores rezagados; y (v) cuando existen economías de red en el mercado.

- Barreras legales: En general corresponden a disposiciones gubernamentales como la exigencia de licencias de operación, la protección de derechos de propiedad intelectual, límites a la participación de las empresas en el mercado, entre otras.

12. Cadena de valor: En los términos de la Resolución No. 10930 de 2015 es el:

“(...) conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De

DEFINICIONES

8. Año fiscal: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, el año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año.

Barreras de entrada: En general, pueden entenderse como factores que retrasan, reducen o impiden la entrada de nuevas empresas a un mercado determinado. En consecuencia, las barreras de entrada pueden facilitar el ejercicio de poder de mercado¹.

10. Barreras de expansión: En general, pueden entenderse como factores que retra-

¹ Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 29937 de 2010.

esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final”.

13. Integración horizontal: Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que compiten en el mismo eslabón de una cadena de valor, en un mismo mercado relevante.

14. Integración vertical: Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que participan en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

15. Control: En los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se define el 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”.

El ejercicio del control puede ser de manera directa o indirecta, o incluso puede existir un control conjunto ejercido por dos o más empresas sobre otra en el mercado².

16. Cuota de mercado: Es una medida del tamaño relativo de una empresa en un mercado relevante determinado. La variable sobre la que se efectúa dicho cálculo puede variar dependiendo del mercado correspondiente y la actividad principal desarrollada por las empresas. Las variables generalmente utilizadas

² Ver integración Isagen/EEB, Resolución No. 5545 de 2014 y Resolución No. 32185 de 2014.

corresponden, entre muchas otras, al valor de las ventas, volumen de las ventas, capacidad de producción, volumen y/o valor de importaciones y número de clientes.

17. Deber de informar: Obligación prevista en la Ley 1340 de 2009, según la cual las empresas tienen el deber de informar previamente a la **SIC** sobre las operaciones que se proyecten llevar a cabo para efectos de realizar una integración, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. El deber de informar puede darse en una de dos modalidades: (i) Notificación; y (ii) solicitud de pre-evaluación.

18. Empresa: La noción jurídica de empresa se establece en el artículo 25 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

19. Forma jurídica de una integración: Hace referencia a la modalidad o vehículo jurídico a través del cual se materializa un cambio en la situación de control de una o más empresas, líneas de negocio y/o activos. Puede ser, por ejemplo, una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, entre otras.

20. Grupo empresarial: De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, se presenta cuando entre una sociedad matriz y sus su-

bordinadas y/o filiales existe un vínculo de subordinación y una unidad de propósito y dirección. Hay unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persiguen la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que esta ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social o actividad individual de cada una de las empresas³. En todo grupo empresarial se infiere la unidad de control.

21. Intervinientes en una integración:

En los términos de la Resolución No.10930 de 2015, deben entenderse como intervinientes:

- “(...) aquellas empresas que hacen parte de la operación de integración que se proyecta realizar y que ejercen una misma actividad económica o pertenecen a la misma cadena de valor y que puede tener efectos en el mercado nacional”.

La definición de interviniente debe ser entendida, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, como “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

22. Mercado relevante: Mercado en el que se afectaría la competencia como consecuencia de la operación de integración. Está compuesto por el mercado de producto y el mercado geográfico. Cuando se hace referencia al mercado de producto, este concepto

³ Superintendencia de Sociedades. Resolución No. 2467 del 18 de septiembre de 1997.

incluye los bienes o servicios coincidentes de las intervinientes, o aquellos que pertenezcan a una misma cadena de valor.

23. Notificación: Una de las modalidades del deber de informar previsto en la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, consistente en la obligación de notificar a la **SIC**, previo a su perfeccionamiento, una operación de integración que cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y en la cual las empresas intervinientes cuenten en conjunto con menos del 20% en cada uno de los mercados involucrados.

24. Participante del mercado: Se considera que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: (i) Que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control); o (ii) que aunque en el momento específico de la integración el agente económico no obtenga ingresos en el mercado involucrado, exista evidencia de que cuente con la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras) y haya ejecutado acciones que le permitan a la Autoridad considerar que realizará transacciones y obtendrá ingresos en dicho mercado en el futuro cercano⁴.

25. Producto: En los términos del numeral 6 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es “todo bien o servicio”.

⁴ Ver integración Éxito/Super Inter, Resolución No. 54416 de 2014 y caso Alienergy/Molinos Roa/Molinos Florhuila, Resolución No. 3/03 de 2013.

26. Solicitud de pre-evaluación: Una de las modalidades del deber de informar previsto en la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, consistente en la obligación de presentar una solicitud de autorización a la **SIC**, de manera previa al perfeccionamiento de una operación de integración, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y las empresas intervinientes cuenten en conjunto con más del 20% de cada uno de los mercados involucrados.

27. Sustituibilidad de la demanda: Medida del grado en que los productos son considerados intercambiables por el consumidor usuario, porque presentan características similares, satisfacen las mismas necesidades y tienen precios similares. La sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda determina los productos que generan una presión competitiva hacia una empresa respecto de un bien determinado, lo cual podría disminuir o incrementar el efecto restrictivo de una integración, según sea el caso.

28. Sustituibilidad de la oferta: La sustituibilidad de la oferta mide el grado en que otros actores estarían en condiciones de transformar su producción actual, en corto plazo y con costos razonables, y dirigirla hacia los productos que hacen parte del mercado relevante.

PROCEDIMIENTO DE PRE-EVALUACIÓN

Etapas

Fase I. Evaluación preliminar:

29. Esta etapa tiene una duración máxima de 30 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de pre-evaluación completa por parte de las intervinientes. Una vez radicada la solicitud, la **SIC** tiene 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud, para ordenar la publicación de la operación de integración presentada en la página web de la Entidad, siempre y cuando considere que la información allegada está completa, en los términos del numeral 2.2 de la Resolución No. 10930 de 2015.

30. Las intervinientes podrán solicitar a la **SIC**, antes de la presentación de la solicitud de pre-evaluación, la realización de una reunión preliminar para la revisión de las condiciones de la operación y la documentación requerida. Lo anterior, con el fin de brindar orientación y facilitar la presentación posterior de la operación, para dar inicio a un trámite de pre-evaluación.

31. La reunión preliminar será coordinada por el Grupo de Integraciones Empresariales, previa solicitud de las intervinientes realizada con cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha propuesta para su celebración.

32. La mencionada reunión preliminar, no exime a las empresas del cumplimiento de lo dispuesto en la Guía de Pre-evaluación contenida en el Anexo 1 de la Resolución No. 10930 de 2015. Asimismo, la realización de la misma no tiene incidencia alguna en los tiempos

previstos en la Ley 1340 de 2009 para adelantar trámites de pre-evaluación, pues esta se llevaría a cabo antes de su inicio, sin comprometer de manera alguna los términos con los que cuenta la **SIC** para su análisis y decisión.

33. Surtido el trámite de la publicación en la página web de la Entidad, quien lo considere pertinente contará con diez (10) días hábiles para allegar a la Entidad las respectivas observaciones o comentarios que surjan respecto de la integración que se pretende realizar.

34. Por su parte, quien pretenda ser reconocido como tercero interesado dentro de la actuación, contará con quince (15) días hábiles contados a partir de la publicación en la página web de la Entidad para allegar la solicitud sustentando su calidad de consumidor o competidor y aportar y/o solicitar pruebas.

35. Los plazos anteriores no interrumpen el término para efectos del pronunciamiento final de la Entidad.

Fase II. Estudio de fondo:

36. Si dentro de los treinta (30) días hábiles previstos para la primera fase, la **SIC** no cuenta con elementos suficientes que permitan otorgar la autorización sin condicionamientos a la operación de integración, bien porque la información recaudada no permite descartar potenciales restricciones indebidas de la competencia derivadas de la operación, o porque de la evidencia recabada se desprenden eventuales preocupaciones en materia de competencia, la **SIC** dará paso a la segunda fase del trámite y así lo comunicará a las intervinientes.

37. Esta fase está prevista para que la **SIC** recaude información adicional, que pueda considerarse útil para efectos de profundizar el análisis de la operación proyectada. El término previsto para la segunda fase es de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha en que haya sido recibida la totalidad de la información solicitada en el oficio enviado por la **SIC** donde se informa a las intervinientes el inicio de la segunda fase.

38. En caso de que durante el estudio de fondo de una operación de integración la **SIC** considere necesario requerir a las intervinientes información adicional a la solicitada, en el oficio enviado por la **SIC** donde se informa a las intervinientes el inicio de la segunda fase podrá efectuar un requerimiento de información, caso en el cual la respuesta completa que den las intervinientes al mismo dará paso al conteo de los tres (3) meses calendario que tiene la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado.

39. Sin perjuicio de lo anterior, la **SIC** podrá realizar requerimientos de información adicionales en el transcurso del estudio de fondo de una integración, tanto a las intervinientes como a terceros. Estos requerimientos adicionales no interrumpirán ni reiniciarán el término de tres (3) meses con los que cuenta la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado.

40. En caso de que las intervinientes aportaran la totalidad de la información señalada en los anexos 1 y 2 de la Resolución No. 10930 de 2015 desde el inicio del trámite de pre-evaluación, y no fuera necesario requerir información adicional para el estudio de fondo de la integración, los tres (3) meses que tiene la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado, contarían a partir de la fecha de comunicación a las intervinientes del oficio donde se informa el inicio de la segunda fase.

CONTROL

41. El régimen de protección de la competencia define el concepto de control en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Control es la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber: (i) La política empresarial; (ii) la iniciación, terminación o variación de la actividad económica a la que se dedica la empresa; (iii) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

42. El elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de la otra.

43. No se requiere una demostración de que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se ha materializado en el pasado, tampoco es necesario demostrar que se materializará en un futuro cercano, la sola posibilidad de influenciar, es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

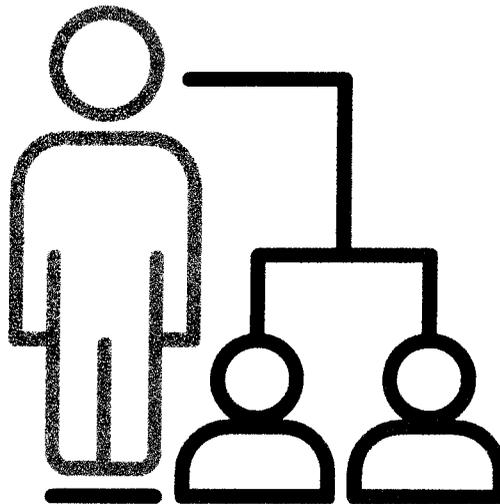
Tipos de Control

44. Existen diferentes tipos de control, dependiendo de las condiciones particulares de cada agente del mercado. El control puede ser exclusivo o conjunto, dependiendo de si el mismo se ejerce de manera individual o mediante dos (2) o más empresas. De igual forma, el control puede ser positivo o negativo, dependiendo de si se cuenta con la facultad de determinar las decisiones que afectan el desempeño competitivo de la empresa o de vetar las decisiones estratégicas que afecten materialmente el desempeño competitivo de las empresas⁵.

⁵ Ver integración Isagen/EEB, Resolución No. 5545 de 2014 y Resolución No. 32185 de 2014.

45. No todos los tipos de control suponen que el accionista controlante y la empresa controlada puedan considerarse como un solo agente económico en el mercado desde la perspectiva del derecho de la competencia. Solamente en aquellas situaciones en que además de configurarse una situación de control desde el punto de vista del derecho de la competencia (es decir se ejerza una influencia material) y también se configure una situación de control desde el punto de vista del derecho societario, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se podrá hablar de que la empresa controlante y la empresa controlada constituyen un solo agente económico para el derecho de la competencia.

46. En conclusión, solo en aquellos casos en que la empresa controlante ejerza una subordinación desde el derecho societario (bien sea porque posee más del 50% de las acciones con derecho a voto; o porque puede elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; o porque mediante un acto o negocio ejerce una influencia dominante), se podrá afirmar que la controlada y la controlante son un solo agente económico.



EXCEPCIÓN DEL DEBER DE INFORMAR

47. Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos artículo 261 del Código de Comercio, estarán exentas del deber de notificación e información ante la **SIC**, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015.

SUPUESTOS PARA INFORMAR

48. La normatividad se ha referido de manera genérica al término empresa para efectos de denominar de forma general a la gran variedad de sujetos que se encuentran sometidos al régimen de integraciones empresariales. Sin embargo, los sujetos que se entienden sometidos al régimen de integraciones empresariales no son sólo empresas, sino también otro tipo de sujetos, como por ejemplo: las personas jurídicas de cualquier tipo legalmente constituidas en Colombia, las personas jurídicas extranjeras que realizan actividades de carácter contractual, o poseen bienes o derechos reales en el territorio colombiano o con efectos en el mismo, o participan en sociedades colombianas y actúan en las mismas dentro de los presupuestos legales del control o grupo empresarial. También se entenderán sujetas a la norma aquellas personas naturales que realicen actividades de carácter comercial o mercantil.

49. Se entenderá que estos sujetos se encuentran cobijados por la norma, en la medida en que

las operaciones comerciales deban surtirse en territorio colombiano o sus efectos se materialicen en Colombia. Así las cosas, las empresas que proyecten llevar a cabo una integración económica, sin importar la forma jurídica de la misma, deberán informarla a la **SIC**, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y que son:

- (i) El supuesto subjetivo.
- (ii) El supuesto objetivo.

Supuesto subjetivo

50. El supuesto subjetivo está relacionado con: (i) Aquellos participantes del mercado que realizan una misma actividad económica, esto es, si producen o comercializan los mismos bienes, o prestan el mismo tipo de servicio; y (ii) aquellos participantes que pertenecen a una misma cadena de valor⁶, en los términos previstos en esta Guía.

Supuesto objetivo (Test de activos e ingresos operacionales)

51. El supuesto objetivo hace referencia al umbral, medido en ingresos operacionales o activos totales de las intervinientes, a partir del cual surge la obligación de informar una operación de integración empresarial. Son dos los requisitos, advirtiéndose que sólo es necesario cumplir con uno de los dos requisitos anteriormente expuestos para satisfacer el elemento objetivo⁷:

- a) Que las empresas intervinientes, en conjunto o individualmente consideradas, hayan obtenido durante el año fiscal

⁶ Artículo 9, Ley 1340 de 2009.

⁷ En el caso de compañías extranjeras las cifras de activos e ingresos operacionales se calculan en pesos con el cambio oficial a la fecha de elaboración del estado financiero correspondiente.

anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la **SIC**, o

b) Que, al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada, las empresas intervinientes, en conjunto o individualmente, tuviesen activos totales superiores al monto que en salarios mínimos haya establecido la **SIC**.

52. Para determinar los ingresos operacionales y los activos totales, únicamente se tendrán en cuenta aquellos obtenidos o ubicados en territorio nacional, tanto por las empresas intervinientes, como por aquellas empresas que cumplan las siguientes condiciones: (i) Se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y (ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

53. Por otro lado, la norma establece un tercer umbral que no hace parte de los supuestos, pero que determina el trámite que las intervinientes deberán adelantar ante la **SIC**.

54. Cuando las intervinientes en la operación tienen en conjunto el 20% o más del mercado relevante, tendrán el deber de informar a la **SIC**, mediante el trámite de pre-evaluación, la operación para efectos de poder integrarse. En caso contrario, si bien la operación se entiende autorizada, las empresas deberán informar a la **SIC** previamente la operación, mediante el trámite de notificación.

55. Así las cosas, las operaciones deberán ser informadas mediante el trámite de pre-evaluación, si las empresas cumplen con:

- El supuesto subjetivo
- El supuesto objetivo (es decir, si los activos o ingresos operacionales, según sea el caso, superan los montos previstos) y,
- Si tienen el 20% de participación en el mercado.

56. Una vez informada la operación, la **SIC** podrá aprobarla, objetarla o condicionarla.

57. Las operaciones deberán ser notificadas si las empresas cumplen con:

- El supuesto subjetivo
- El supuesto objetivo (es decir, si los activos o ingresos operacionales, según sea el caso, superan los montos previstos), pero
- En conjunto cuentan con menos del 20% de participación en el mercado relevante, caso en el cual se entenderá autorizada la operación.

DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

58. La definición del mercado relevante busca establecer cuál es el conjunto de agentes, bienes o servicios y sus precios correspondientes, cuya producción, abastecimiento, distribución o consumo debe ser examinado con el objeto de determinar quiénes están sometidos a informar operaciones de integración económica, así como los efectos restrictivos o benéficos sobre la competencia que puedan derivarse de la misma. Con el fin de delimitar el mercado relevante correctamente, éste debe comprender todas las alternativas disponibles para los consumidores de los productos fabricados u ofrecidos por las empresas que se están integrando e incluir aquellas fuentes que los participantes del mercado consideran su competencia. La definición del mercado relevante es propia de los trámites de autorización de integraciones empresariales y puede no realizarse por parte de la autoridad en otras actuaciones administrativas, como por ejemplo, en investigaciones sancionatorias por casos de cartelización empresarial.

59. La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas: (i) La dimensión desde el punto de vista del producto, (ii) la dimensión geográfica. La dimensión del mercado producto se refiere al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos, mientras que la dimensión geográfica hace referencia al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma, pueden influir de manera rentable en el precio, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación y otras condiciones de competencia propias del mer-

cado analizado. El mercado geográfico puede ser local, regional, nacional o mundial con efectos en Colombia.

Mercado relevante de producto

60. En primera instancia, se determina el sector donde los participantes del mercado desarrollan su actividad, con el fin de realizar un diagnóstico general sobre las características del mercado donde se localizan. Es importante “conocer el negocio” en el cual las empresas desarrollan su actividad para entender su comportamiento y el de sus competidores.

61. Para identificar el mercado de producto se tienen en cuenta fundamentalmente factores del lado de la demanda. Adicionalmente, se analizan otras características del mercado que eventualmente pueden incidir en la determinación del precio.

Consideraciones del lado de la demanda

62. Es importante contar con la mayor información posible proveniente de las empresas intervinientes, ya que son quienes mejor conocen su actividad. Para ello se solicitan todos los estudios de mercado de que dispongan, así como la descripción de los productos o servicios en términos de características, usos, precios y cantidades vendidas. Igualmente, se solicita información sobre los productos considerados como sustitutos justificando razonablemente dicha sustitución.

63. Para establecer correctamente aquellos bienes y/o servicios que pueden ser considerados como sustitutos por los consumidores, es necesario analizar factores que determinan el grado de sustitución de los productos o servicios.

64. De esta manera, el mercado de producto deberá incluir aquellos productos hacia los cuales se desplazarían los consumidores en caso de que se produjera un incremento pequeño no transitorio y significativo en el precio de cualquiera de los productos o servicios ofrecidos por las empresas a integrarse, permaneciendo el precio de los demás productos y/o servicios constante (test del monopolista hipotético).

Características del producto o tipo de servicio prestado

65. Con el fin de definir si las características del producto o servicio son similares a las de otro candidato a sustituto, se estudia si las materias primas utilizadas, ingredientes activos⁸, insumos utilizados o características específicas y forma de prestación del servicio son equivalentes, de tal forma que las propiedades físicas, técnicas y características generales que definen los productos o servicios los hacen sustituibles para el consumidor. De esta manera, las características de los productos o servicios son el primer indicio para establecer la sustituibilidad, sin embargo, éste no es un elemento concluyente por lo que se estudian otros atributos del producto o servicio.

66. Al tratarse de un servicio, en la definición del mercado relevante de producto, las características que permiten definir si existen servicios sustitutos serán distintas a las que se tienen en cuenta para una empresa productora o distribuidora. Así, cuando hacemos referencia a los servicios, algunas de las características a tener en cuenta son la cobertura del servicio, oportunidad y agilidad, disponibilidad, garantías ofrecidas y cumplimiento.

⁸ Por ejemplo para el análisis de integraciones del sector farmacéutico

Usos generales del producto (finalidad del servicio)

67. El grado en que dos productos o servicios son funcionalmente intercambiables es una fuente importante para determinar si es probable que exista sustitución entre ellos. No obstante, se trata de una condición necesaria más no suficiente para que dos productos sean sustitutos entre sí, ya que los usos están definidos según las características del consumidor o usuario, sus preferencias y hábitos. Para efectos de este análisis, se recurre a estudios de mercado, estudios sobre el comportamiento habitual de los consumidores y sus actitudes y tendencias de consumo. De no disponer de estos estudios se recurre a encuestas a consumidores.

Precio del producto

68. Existen diferentes herramientas cualitativas y cuantitativas que permiten analizar el comportamiento de los precios de los productos.

69. Una de ellas es la estimación de elasticidades que permite determinar cambios en la cantidad demandada de un producto frente a cambios en su precio y cambios en el precio de los productos sustitutos. Así, la elasticidad precio de la demanda permite cuantificar las variaciones porcentuales en la cantidad demandada ante cambios porcentuales en el precio del producto. Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda permite cuantificar en qué medida el incremento del precio de un producto ocasiona un desplazamiento de sus consumidores hacia la demanda de otro producto porcentualmente hablando. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor o

usuario, mayor será el desplazamiento de los consumidores del primero hacia el segundo, como consecuencia de un aumento significativo y no transitorio del precio del primero, manteniendo las demás variables constantes.

70. Teóricamente, la elasticidad cruzada de la demanda es positiva para productos sustitutos y será mayor cuanto mayor es la sustituibilidad entre ellos. Por el contrario, la elasticidad cruzada de la demanda es negativa para productos complementarios y cercana a cero cuando los productos no tienen ninguna relación entre sí, es decir, cuando sus demandas son independientes.



71. La elasticidad permite conclusiones más acertadas sobre la sustituibilidad entre productos o servicios; sin embargo, en la mayoría de los casos, su cálculo requiere de información estadística sobre series de precios, cantidades vendidas, estacionalidad de la demanda y otras variables que afectan la demanda de los productos producidos y/o distribuidos no sólo por las empresas intervinientes, sino también por los competidores⁹.

⁹ Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 2993/ de 2010 e integración Pepsi/Postobón, Resolución No. 79/16 de 2015.

72. La **SIC** preferirá, en caso de contar con la información necesaria, definir los productos o servicios que hacen parte de un mercado relevante mediante el cálculo de elasticidades. Sin embargo, de no contar con la información necesaria para estimar estas variables, serán utilizadas otras herramientas técnicas que le permitan inferir, a través del comportamiento de los precios y las ventas, cuál es el mercado relevante de producto afectado con la operación de integración.

73. La correlación de precios es otra herramienta estadística utilizada para la definición del mercado relevante de producto. Así, si dos productos o servicios pertenecen al mismo mercado relevante, sus precios tenderán a moverse en la misma forma en el tiempo por lo que si los precios de dos productos o servicios evolucionan en términos absolutos o relativos con un alto grado de correlación, se puede inferir que forman parte del mismo mercado relevante. La ausencia de una fuerte correlación en los movimientos de precios entre dos productos y/o servicios por un período significativo previo a una integración, sugiere que no hacen parte del mismo mercado relevante de producto.

74. Sin embargo, es necesario advertir que esta evidencia es indicativa, más no suficiente, para determinar si dos productos hacen parte del mismo mercado relevante. Por lo anterior, al utilizar el test de correlación se corre el riesgo de incluir dentro de un mismo mercado relevante dos productos o servicios cuyos precios hayan evolucionado de forma similar debido al comportamiento de factores comunes (por ejemplo la inflación o el aumento del precio de algún insumo en común), pero no porque pertenezcan al mismo mercado relevante. Por lo tanto, para evitar el riesgo de incluir dentro del

mismo mercado relevante productos o servicios que pertenecen a mercados distintos, los test de correlación serán utilizados solamente para descartar que dos productos o servicios pertenezcan al mismo mercado.

75. La aplicación de las herramientas descritas se utilizarán siempre y cuando las empresas en estudio presenten todos los antecedentes necesarios y suficientes para efectuarlo. En la generalidad de casos, será necesario tener como mínimo factores cualitativos, tales como el análisis del comportamiento y las estrategias usuales adoptadas por los consumidores frente a cambios en los precios relativos de los productos o servicios estudiados y los costos de cambio que pueden inhibir a un número grande de consumidores para optar por otros productos para el mismo fin. Es importante que, en los casos en que no exista información de precios y/o cantidades para el desarrollo de análisis cuantitativos, las empresas intervinientes aporten estudios de mercado recientes que permitan apoyar el análisis cualitativo y llegar a conclusiones razonables sobre la sustituibilidad.

76. También debe tenerse en cuenta al momento de analizar los precios que el precio observado no se encuentre ya distorsionado por el ejercicio previo de un poder de mercado. Este fuere el caso, las conclusiones sobre el comportamiento del mercado ante un aumento en precios podrían ser incorrectas.

Otras características del mercado

77. Teniendo en cuenta que no todos los mercados son iguales, en algunas ocasiones es necesario incluir en la definición de mercado relevante el análisis de otros factores como:

(i) Competencia indirecta; (ii) mercados de dos lados (economías de red); (iii) productos secundarios o conexos; (iv) autoabastecimiento y; (v) limitaciones asimétricas, entre otros.

78. La competencia indirecta se refiere a aquellos productos que no son sustitutos directos, pues están dirigidos a satisfacer las mismas necesidades del consumidor final.

79. Respecto de los mercados de dos lados, es necesario incluirlos en la definición del mercado relevante, toda vez que en estos se encuentra una plataforma que actúa como el oferente y dos tipos de consumidores diferentes que interactúan entre sí, en presencia de economías de red, siendo necesaria la existencia de la mencionada plataforma, de tal forma que permita que los usuarios de dos bienes o servicios se encuentren¹⁰.

80. Los productos secundarios o conexos son aquellos que son adquiridos como consecuencia de la compra de un producto primario¹¹.

81. Finalmente, las limitaciones asimétricas implican que no en todos los casos bajo estudio el mercado relevante es el mismo, lo anterior debido a que, en algunos mercados de bienes y servicios donde dos bienes pertenecen al mismo mercado relevante, el primero resulta ser un buen sustituto del segundo, pero no al contrario¹².

¹⁰ Los periódicos son un ejemplo de mercado de dos lados ya que, además de ser un elemento informativo para un grupo de consumidores (lectores), son también un espacio de publicidad y propaganda para otro tipo de consumidores (anunciantes).

¹¹ Por ejemplo, el mercado de repuestos automotrices es conexo al mercado de la venta de carros, toda vez que un consumidor acude al mercado de repuestos automotrices en la medida en que debe reparar un vehículo.

¹² Por ejemplo, en los mercados de telecomunicaciones como la telefonía móvil y la fija, el primero resulta ser un buen sustituto de la segunda pero no al contrario.

82. La **SIC** definirá cuidadosamente el mercado relevante con el fin de delimitar de la forma más precisa el marco en el cual se realiza el análisis que permite determinar si en virtud de la operación, el ente integrado puede influir de manera significativa en las condiciones de venta, especialmente al imponer precios y/o limitar la producción, distribución o prestación del servicio.

Mercado relevante geográfico

Integraciones horizontales

83. La definición del mercado relevante geográfico consiste en determinar el área mínima necesaria para que las empresas, actuando hipotéticamente como una sola, encuentren rentable aumentar sus precios siempre y cuando los precios de todos los productos relevantes vendidos en otras áreas geográficas permanezcan constantes. Es así como se define la zona en la que los participantes del mercado desarrollan sus actividades, en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas debido a que las condiciones de competencia en ella son diferentes o potencialmente diferenciables.

84. Primero se determinará el área donde las actividades de las empresas intervinientes se traslapan. Luego se observan los costos de transporte y la localización de los compradores. Partiendo de la ubicación de las plantas de producción y/o puntos de distribución se irá ampliando el mercado geográfico hacia aquellas regiones donde el consumidor tiene acceso a los productos o servicios en igualdad de condiciones, sin incurrir en mayores costos que hagan que la decisión de compra sea otra.

85. Para una correcta definición de los límites del mercado geográfico, se tendrá en cuenta la participación de las empresas en las áreas analizadas y el comportamiento pasado de los consumidores. Es importante analizar las características físicas del producto¹³, costos de cambio¹⁴, costos de transporte, precios relativos de los productos, patrones de carga y bodegaje, frecuencia de despacho, competencia de importaciones o del exterior, entre otros aspectos¹⁵.

86. Adicionalmente, la **SIC** analizará la presión competitiva que ejerce el mercado externo en los bienes transables. Para lo anterior se podrá obtener información respecto del volumen de las importaciones del producto o los productos que conforman el mercado relevante, analizando si existen barreras para el ingreso de los mismos. Por lo tanto, de ser necesario, se evaluará si existen demoras en la entrega, volumen mínimo, pagos anticipados en efectivo, diferencias entre el precio de importación y precio interno, la logística misma de la importación y la accesibilidad a los puertos de desembarque, entre otros.

Integraciones verticales

87. En relación con las integraciones verticales, el análisis anterior se realizará para cada uno de los mercados relevantes donde participen las empresas intervinientes que proyectan la integración y que sean parte de la misma cadena de valor.

¹³ Son aquellos factores o atributos propios de un bien o producto que determinan sus usos. Adicionalmente también permiten diferenciarlo de otros bienes. Entre las características físicas de los productos podemos encontrar: presentación, diseño, forma, perecibilidad, marca, etc.

¹⁴ Los costos de cambio se refieren a aquellos costos en que incurren los consumidores cuando cambian los productos que en la actualidad consumen por productos que son ofrecidos en otras áreas geográficas. Dentro de este concepto se tienen en cuenta tanto el valor de los productos como el tiempo en que incurren los consumidores para realizar el cambio.

¹⁵ Ver integración Éxito/Cafam, Resolución No. 381/1 de 2010; Integración Bodytech/Nordic Fitness, Resolución No. 43425 de 2017 e Integración Terpel/EDS Las Vegas, Resolución No. 30853 de 2015.

88. El mercado geográfico relevante estará definido en función de las fuentes alternativas de aprovisionamiento de las materias primas o insumos requeridos por las empresas competidoras de la empresa interviniente ubicada aguas abajo, su capacidad para abastecerse de distintos proveedores ubicados en diferentes áreas geográficas, así como evaluar las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos de la empresa interviniente ubicada en la fase de producción -aguas arriba- para atender al cliente.

89. El análisis de delimitación del mercado geográfico, por lo tanto, permite establecer qué tan significativo es el costo de adquirir un área determinada el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto o servicio satisfaga la demanda en las mismas condiciones de competencia. Los criterios para definir el mercado geográfico en cada etapa de la cadena de valor son los mismos que se describieron para las integraciones de tipo horizontal.

Competidores y cuotas de participación

90. Una vez definido el mercado relevante e identificados los competidores que participan en éste, se procede a calcular las cuotas de participación.

91. Para el cálculo de las participaciones se deberán verificar las cifras de valor de las ventas, volumen de ventas o cualquier otra variable que se considere adecuada¹⁶, dependiendo del mercado, de al menos el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará la operación de integración.

¹⁶ Las variables generalmente utilizadas son: producción, ventas en unidades, valor de ventas, capacidad instalada, número de superficies, área de superficie, número de clientes, etc.

92. Así mismo, se tendrán en consideración los siguientes factores:

93. Grado de diferenciación y sustituibilidad de los productos y servicios: en integraciones horizontales, si los productos son homogéneos y los proveedores utilizan sistemas de producción similares, una de las variables utilizadas para efectuar dicho cálculo es la capacidad instalada. En productos diferenciados por su calidad o su precio, sería más apropiado el cálculo con base en los ingresos por ventas.

94. Análisis dinámico de las cuotas: se analizarán las variaciones de las cuotas de mercado en un periodo de tiempo significativo. El objeto de comparar la cuota de mercado de las empresas antes y después de la operación es medir el impacto en el nivel de concentración que se da con la operación de integración.

95. Grado de madurez del mercado: generalmente, los efectos derivados de una integración son mayores en mercados maduros donde se agotan las posibilidades de nuevos entrantes y donde la innovación no representa un factor determinante.

96. Tamaño relativo de las empresas: es importante tener en consideración la diferencia entre las cuotas de participación de las empresas que proyectan la integración y las de sus inmediatos competidores. Dicho factor está relacionado directamente con la importancia de las empresas que se integran, dado que no es lo mismo que se integren las empresas líderes de un mercado a que lo hagan una empresa líder y una seguidora que no tenga un poder de mercado representativo o su participación sea pequeña en relación con la de las líderes (análisis de las cuotas en valores absolutos y relativos).

Análisis de las cuotas de participación

97. Las cuotas de participación son indicadores del poder de mercado y del dominio de una empresa. Sin embargo, son indicadores que pueden estar sesgados en razón a que sólo tienen en cuenta elementos endógenos al mercado relevante. La **SIC** utilizará la participación de mercado de las intervinientes para determinar si las mismas pueden restringir la libre competencia como resultado de la operación de integración. Así, si como consecuencia de la operación planteada la estructura del mercado no se modifica sustancialmente, en principio no sería necesario un análisis más detallado que incluya barreras a la entrada y otros factores.

98. Incluso si el mercado se concentra como consecuencia de la integración, la operación no necesariamente resulta en la creación o fortalecimiento de una posición de dominio. Para confirmar los efectos de la operación, la **SIC** realizará un análisis de indicadores de asimetría y dominancia.

99. En las integraciones verticales se realizará el análisis de las cuotas de participación para cada uno de los mercados relevantes involucrados en la operación. En el eslabón superior de la cadena, se determinarán las cuotas de participación de las empresas proveedoras de insumos incluyendo las importaciones, basadas en el nivel de ventas, volumen, y cualquier otro indicador dependiendo de la naturaleza de la transacción. En el eslabón inferior de la cadena, se calcularán cuotas de mercado con base en el nivel de ventas en pesos y/o volumen para determinar qué empresas requieren de los mencionados insumos

y a quiénes podrían abastecer los oferentes de insumos, diferentes a los involucrados en la operación de integración.

100. De otra parte, para evaluar si una integración podría reforzar o crear una posición de dominio, se utilizan indicadores que describen tanto el número como el poder de mercado relativo de los agentes. El índice comúnmente utilizado es el Índice Herfindahl-Hirschman (IHH)¹⁷, que se obtiene al sumar el cuadrado de las participaciones de mercado de cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante definido. En teoría, este indicador refleja el grado de integración del mercado.

101. Otros índices de concentración utilizados son: Número de Empresas Equivalentes (NEE)¹⁸, los índices LÍDER, CR2 y CR4. El indicador LÍDER representa la cuota de participación de la empresa líder en el mercado, mientras que los índices CR2 y CR4 representan respectivamente la suma de las cuotas de participación de las dos y cuatro primeras empresas en el mercado.

¹⁷ Se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las firmas que lo componen.

$$IHH = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde S_i es la participación porcentual de mercado de la firma i y N es el número de firmas presentes en el mercado. El IHH toma valores entre 0 (correspondiente a un mercado en competencia perfecta) y 10000 (que se obtiene cuando el mercado es un monopolio). De acuerdo al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio, niveles superiores a 2500 corresponden a mercados altamente concentrados. Para mayor detalle ver: Herfindahl, O. Concentration in the U.S. Steel Industry (Doctoral Dissertation). Columbia University, 1950; Hirschman, A. National Power and the Structure of Foreign Trade. Berkeley: University of California Press, Bureau of Business and Economic Research, 1945, y, U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. (2010). Horizontal Merger Guidelines.

¹⁸ El Número de Empresas Equivalentes consiste en el número de empresas de igual tamaño que generarían un valor determinado del IHH. Si el número de empresas existentes en el mercado analizado es mayor, entonces el valor del IHH obtenido se puede explicar por la desigualdad existente entre los tamaños de las empresas de la industria. Se calcula de la siguiente manera:

$$NEE = \frac{1}{IHH}$$

102. Adicionalmente, la **SIC** también utiliza el índice de asimetría de KWOKA¹⁹ y el índice de dominancia de STENBACKA²⁰, entre otros.

103. El índice de asimetría de KWOKA se concentra en medir la simetría del tamaño de las firmas dentro de un mercado. Se enfoca en el patrón de distribución de las participaciones de mercado de los agentes. De esta manera, cuando existe gran diferencia entre el tamaño de las firmas, el índice tiende a su valor máximo (1). Por otra parte, cuando las participaciones de las firmas convergen, el valor del índice tiende a cero, independientemente de la cantidad de empresas en el mercado.

104. Por su parte, el índice de dominancia de STENBACKA es una medida para identificar cuándo una empresa podría tener posición dominante en un mercado determinado. Teniendo en cuenta la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, el índice de STENBACKA arroja un umbral de cuota de mercado después del cual la empresa líder posiblemente ostentaría posición de dominio.

19 El índice de KWOKA se concentra en la estructura de las participaciones de mercado de las empresas. De esta forma, cuando la desigualdad entre el tamaño de las empresas aumenta, se incrementa la dominancia y, consecuentemente, el índice se eleva. Este índice se determina mediante la siguiente fórmula:

$$KWOKA = \sum_{i=1}^{n-1} (s_i - s_{i+1})^2$$

de s_i están ordenadas de mayor a menor y corresponden a las participaciones de mercado de las empresas. El índice varía entre 0 y 1, siendo 1 el valor correspondiente a una estructura de mercado de monopolio. Al respecto ver: Kwoka, John, "Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries", Southern Economic Journal, Vol. 44, No. 1 (Jul., 1977), págs.183-189.

20 La fórmula para calcular el umbral de STENBACKA es la siguiente:

$$S^D = g(S_1, S_2) = \frac{1}{2} (1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2))$$

Donde S_1, S_2 corresponden a las participaciones de mercado de las dos empresas más importantes, respectivamente. Por su parte, γ es un parámetro específico a cada industria y está relacionado con las barreras a la entrada, los instrumentos de política pública para incentivar la competencia, la regulación económica, la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros. Al respecto ver: Stenbacka et al, "Assesing Market Dominance", Journal of Economic Behavior, Vol. 63, Issue 1, (October 2008), págs. 63-72.

105. De acuerdo con lo anterior, cualquier cuota de mercado superior a dicho umbral podría significar una posición dominante. Sin embargo, este índice constituye una primera aproximación ya que para determinar la posición dominante de una empresa son necesarios otros elementos de análisis.

EFFECTOS POTENCIALES DE LA OPERACIÓN

Integraciones horizontales

Efectos unilaterales con productos homogéneos

106. Los efectos de una operación de integración están vinculados al tipo de operación que se analiza. Así, para las integraciones horizontales, el primer efecto que puede producirse es la disminución en el número de competidores en el mercado relevante y el desincentivo a la entrada de competidores potenciales. Igualmente, como consecuencia de la integración, puede reforzarse la capacidad de una o de varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes participantes en él, circunstancia que puede conducir a una indebida restricción de la competencia. A este tipo de efectos se le denomina efectos "unilaterales". Se manifiestan, entre otros, en los siguientes elementos:

- La reducción de la competencia: esta se da cuando, como producto de la integración, se elimina a un competidor fuerte del mercado.

- Un alto nivel de concentración luego de la integración.
- El aumento notable de la distancia entre el líder y su inmediato competidor (dominio relativo).
- La capacidad de influenciar los precios (que puede medirse con los márgenes entre precios y costos - Price cost margins).
- El aumento de las barreras a la entrada.
- La variación sustancial en los niveles de concentración.
- El incremento de los costos de cambio (switching costs) de los consumidores y compradores.
- La reducción de probabilidades de entrada de nuevos competidores.

Efectos unilaterales con productos diferenciados

107. En el caso de productos diferenciados, los efectos generados se traducen en que las empresas pueden obtener un mayor beneficio derivado de la discriminación de precios, al tener luego de la integración, el control conjunto sobre el precio de los productos. De esta manera se logra fijar un mayor precio para aquellos consumidores que estén dispuestos a pagar más, conforme con su precio de reserva²¹. El riesgo que tenían las empresas antes de la integración, de perder ventas por el aumento del precio, se reduce como consecuencia de la integración al disminuir el número de competidores donde pueden acudir los consumidores que no estén dispuestos a pagar dicho precio.

²¹ Cantidad máxima que el comprador está dispuesto a pagar por un bien.

En el mismo sentido, si hay menos productos sustitutos simétricos y asimétricos, los beneficios para las firmas integradas serán mayores.

108. Cuando los productos de las intervinientes compiten cercanamente y son diferenciados -ya sea por marca, calidad o cualquier otra variable- es probable que la operación de integración conduzca a efectos unilaterales. Para evaluar si como resultado de la operación se generarían este tipo de efectos, la **SIC** podrá analizar el cambio en los incentivos de fijación de precios que tendría el nuevo ente integrado bajo el escenario donde controla ambos bienes diferenciados.

109. Los efectos unilaterales pueden surgir dado que un incremento del precio de un bien sería menos costoso bajo el escenario post-integración, donde ambos productos pertenecen a la misma persona jurídica o natural. Sin la operación de integración sería costoso para una de las firmas intervinientes incrementar el precio de su producto; un aumento en el precio de uno de los bienes desviaría a los consumidores hacía los productos producidos por la otra empresa interviniente y por las otras firmas competidoras. Así las cosas, el costo para una empresa de incrementar el precio de su bien en un escenario pre-integración está compuesto por dos elementos, a saber:

- La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda al producto ofrecido por la otra empresa interviniente; y
- La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda a los productos ofrecidos por las empresas competidoras.

110. Tras la operación de integración, no es tan costoso para el ente integrado elevar el precio de cualquiera de sus productos ya que recuperará las ventas a los consumidores que desvían su demanda hacia el bien de la otra empresa interviniente.

111. En la evaluación de la probabilidad de que una operación de integración horizontal con productos diferenciados conduzca a efectos unilaterales perjudiciales, la **SIC** tendrá en cuenta entre otros, los siguientes factores:

112. Sustituibilidad: si los productos de las intervinientes son sustitutos cercanos, es más probable que surjan efectos unilaterales como resultado de la integración. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ente integrado estará en capacidad de recuperar una porción significativa de las ventas que se desvían hacia otros bienes, en respuesta al incremento en el precio de uno de los productos de las firmas integradas. La razón de desviación²² (diversion ratio) del bien de una de las intervinientes hacia el bien de la otra interviniente, es un indicador útil para analizar la habilidad del segundo producto en limitar el precio del primero.

113. Márgenes de ingreso variable: en algunos casos, cuando los márgenes de ingreso variable de los productos de las intervinientes elevados en relación al mercado, la aparición de efectos unilaterales como resultado de la operación es más probable, puesto que el ente integrado recapturará más ventas y el incremento del precio en uno de los bienes será menos costoso.

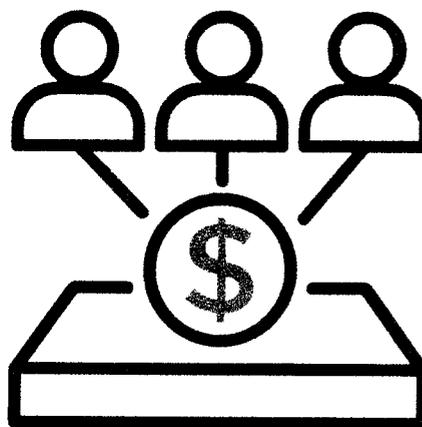
²² La razón de desviación entre el bien A y el bien B representa la porción de las ventas que se desviarían hacia el bien B (en contraposición a los bienes C, D, E, etc.) como la segunda mejor opción del consumidor, ante un incremento en el precio del bien A.

114. Sensibilidad al precio por parte de los consumidores: si los consumidores son poco sensibles a los cambios en los precios de los productos de las intervinientes, es más probable que la operación de integración conlleve efectos unilaterales. En este caso, un incremento en el precio de alguno de los bienes no ocasionará una reducción significativa de sus ventas, haciendo que dicho aumento en el precio sea menos costoso. La elasticidad de la demanda de un bien es un buen indicador para determinar la magnitud de la desviación de los consumidores ante un aumento de su precio.

115. La respuesta potencial de los competidores de las intervinientes ante cualquier intento de éstas de elevar el precio, también será considerada por la **SIC** en su evaluación.

Efectos coordinados

116. Del mismo modo, una integración horizontal puede dar origen a una coordinación entre el ente integrado y sus competidores inmediatos para restringir la oferta, aumentar el nivel de precios, etc. Un elemento importante a considerar es la evidencia previa de coordinación en el mercado correspondiente, previo a la realización de la integración.



117. Las características del mercado que facilitan la coordinación entre empresas son principalmente:

- Un número reducido de empresas, ya que la coordinación es más fácil en la medida en que disminuye el número de agentes a coordinar.
- Las estructuras de mercado oligopólicas con altos niveles de incertidumbre.
- Las cuotas de participación similares y las condiciones de competencia homogéneas.
- Los productos homogéneos y no durables.
- La facilidad para detectar empresas que no hagan parte de la coordinación y aplicación de retaliaciones para ellas.
- El tener incentivos para coordinarse.
- La existencia de altas barreras a la entrada.
- Ausencia de pequeñas firmas.
- Inelasticidad de la demanda.
- Demanda del mercado desconcentrada y decreciente en el tiempo.
- Las firmas principales venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución.
- La competencia en precios es la más importante.
- Alta proporción de costos fijos frente a costos variables.

118. Sin embargo, realizar un análisis integral que evalúe cada uno de los factores que generan un escenario favorable para la coordinación entre competidores es innecesario e incluso en algunos casos puede llegar a ser inmanejable para la autoridad de competencia. Por esto, para el análisis de posibles efectos coordinados, la **SIC** podrá identificar y priorizar los criterios más relevantes para la industria afectada por la operación de integración²³.

Integraciones verticales

119. Las integraciones verticales son generalmente pro-competitivas al generar eficiencia; sin embargo, pueden en algunos casos conducir a una indebida restricción de la competencia.

Efectos unilaterales de las integraciones verticales

120. En cuanto a los efectos unilaterales de las integraciones verticales, a diferencia de las horizontales, no desaparece un competidor del mercado. Sin embargo, estos efectos se traducen en el cierre de mercado por un incremento de los costos de los competidores en otro eslabón de la cadena. La anterior situación ocurre si, por ejemplo, las empresas intervinientes que elaboran materias primas incrementan su costo para favorecer a las empresas intervinientes ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor al obstruir a otros competidores o restringir su acceso al mercado. Estos efectos se darán si las cuotas de participación de las empresas productoras son suficientes para permitir dicha restricción y no existe competencia capaz de proveer esos insumos en el eslabón superior de la cadena. Igualmente, la restricción vertical puede darse cuando la

²³ Ver integración Yara/Abocol, Resolución No. 54049 de 2014

empresa interviniente ubicada en el eslabón inferior de la cadena tiene una cuota significativa del mercado, lo que podría generar un cierre de mercado para los productores competidores de la interviniente productora, ubicada en el eslabón superior de dicha cadena de valor.

121. Para medir el efecto unilateral de las integraciones verticales, es preciso considerar la importancia que representa el insumo dentro de la estructura de costos de las empresas situadas en el eslabón inferior de la cadena. Entre mayor sea este nivel, mayor será el impacto de la integración vertical. Igualmente, se analizará el número de oferentes de dichos insumos y su procedencia. Si existe oferta suficiente de insumos, el incentivo para que las empresas integradas restrinjan la oferta o aumenten los precios de tales insumos se verá reducido.

122. También es importante determinar si existen bienes sustitutos en el eslabón superior de la cadena de valor, hacia los cuales puedan desplazar el consumo las empresas competidoras ubicadas en el eslabón inferior de la misma.

123. En resumen, los factores que se tendrán en cuenta para medir si existe un efecto unilateral en las integraciones verticales son:

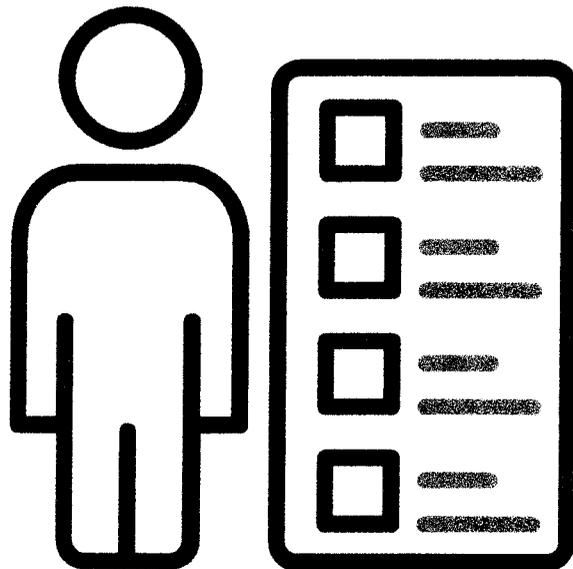
124. La capacidad de las empresas en el eslabón superior de la cadena de valor para incrementar los costos, reducir la calidad y desmejorar las condiciones comerciales en general a los clientes situados debajo de la cadena de valor y que compiten con la otra empresa integrada. Los factores que facilitan esta capacidad serán el poder significativo de mercado, la ausencia o reducida presencia de productos sustitutos y la ausencia de sustitución vía oferta.

125. La capacidad de las empresas no integradas que están ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor para obtener los insumos de otras fuentes alternativas.

Efectos coordinados de las integraciones verticales

126. Una integración vertical puede incentivar la coordinación de empresas para aumentar precios, obstruir la competencia, reducir la calidad de sus productos o servicios, crear o aumentar las barreras a la entrada, repartirse mercados, etc. Asimismo, puede conducir a una coordinación entre agentes que a través de un proveedor integrado, pueden obtener información sensible de sus competidores.

127. En algunos casos, el conocimiento y la transparencia de información puede facilitar la coordinación entre empresas mediante el acceso a información sensible sobre los rivales, sus condiciones de comercialización, estrategias de producción, lanzamiento de productos, precios, frecuencia de pedidos, etc.



BARRERAS A LA ENTRADA

128. La etapa de análisis de barreras a la entrada se realiza cuando las cuotas de participación sean suficientes para indicar que existen indicios de poder de mercado e impliquen un probable grado de obstrucción de la competencia. Lo que se busca con este análisis es determinar si la entrada para nuevos competidores es factible en términos de probabilidad y oportunidad.

129. Se identificarán las barreras que puedan impedir, obstaculizar o retrasar la entrada de competidores al mercado relevante, analizando las barreras de tipo estructural -que son de aplicación general para las empresas intervinientes y sus competidores-²⁴ y las barreras artificiales que son aquellas que las empresas pueden llegar a generar o producir a raíz de la operación y que puedan conducir a una indebida restricción de la competencia.

130. Otra clasificación para las barreras a la entrada que se encuentra muy relacionada con la clasificación anterior, corresponde a las barreras exógenas y endógenas. Las primeras corresponden a aquellas que son propias de las condiciones del mercado y no pueden ser controladas. Incluyen por ejemplo la existencia de firmas con ventajas en costos, diferenciación de productos, imagen de marca, necesidades de capital e inversión inicial, costos de cambio, acceso a canales de distribución, economías de escala, barreras legales, etc.

²⁴ Ejemplo de barreras estructurales son: los requerimientos tecnológicos, capacidad de producción medida a través de la escala mínima de producción y/o distribución requerida, inversión en infraestructura, etc.

131. De otra parte, las barreras endógenas, son las creadas por las empresas establecidas a través de sus estrategias de mercado y su comportamiento competitivo.

132. Las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia y, por lo tanto, son objeto del análisis de estudio de la **SIC** son las siguientes:

133. Barreras legales: se considera como barreras legales aquellas que se generan a través de normas que crean una desventaja de costos para las empresas que desean entrar al mercado, tales como permisos, licencias, entre otras.

134. Tamaño de los costos hundidos: los costos hundidos son aquellos costos en los que los agentes deben incurrir para entrar al mercado, pero no pueden recuperar al abandonarlo. Generalmente, cuando su valor es alto, actúan como un medio de desaliento a la entrada de nuevos competidores. Un ejemplo de costos hundidos son los costos de puesta en marcha del negocio²⁵.

135. Tiempo de entrada /Oportunidad: la **SIC** analizará el tiempo que les ha tomado a otros agentes entrantes para convertirse en competidores reales. Este tiempo puede verse acrecentado si las empresas deben aprender a usar activos específicos y desarrollar redes de distribución eficientes. Generalmente, se toma como aceptable un período inferior a un año para realizar una entrada efectiva al mercado.

²⁵ Los costos hundidos endógenos dependen de la estrategia particular escogida por el entrante y los incumbentes. Un ejemplo de costos hundidos endógenos es la inversión en publicidad o la creación de una red de distribución.

136. Escala de entrada: es considerada una barrera si para las empresas que deseen entrar al mercado únicamente es rentable entrar al negocio con una alta capacidad de producción y vendiendo un gran número de unidades.

137. Identidad de marca: algunos productos son identificados y reconocidos por el consumidor o usuario a través de la marca, hasta el punto que no desplazarían su consumo hacia productos similares de otras marcas manteniendo fidelidad a la marca, lo cual genera una barrera a la entrada para nuevos competidores. El análisis de las marcas se hace importante en las operaciones de compra de activos, por sus implicaciones en las licencias y usos de las marcas.

138. Requerimientos tecnológicos e inversiones de capital: la SIC entenderá como inversiones de capital a la inversión mínima para que un potencial competidor pueda desarrollar la misma actividad ofreciendo los mismos productos. Si los requerimientos tecnológicos son demasiado elevados puede impedirse o retrasarse la entrada de nuevos competidores al mercado.

139. Costos de transporte: las repercusiones de los altos costos de transporte limitarán, generalmente, la dimensión del mercado geográfico. Del mismo modo, las dificultades de acceso a la distribución en un área determinada, como los obstáculos reglamentarios, las cuotas, contingentes arancelarios y los derechos de aduana, también pueden constituir obstáculos que aíslen una zona geográfica de la presión competitiva de empresas localizadas fuera de ella.

140. Acceso a fuentes de abastecimiento:

el acceso a fuentes de abastecimiento hace referencia a los vínculos que tienen los participantes del mercado, además del comercial, con los proveedores de insumos y materias primas, para determinar si se restringe en alguna medida el acceso a las fuentes de suministro de insumos y materias primas.

141. Es importante resaltar que las barreras a la entrada no se presentan de la misma forma ni en la misma intensidad en todos los mercados, sectores o tipos de actividad. Por lo tanto, el análisis de barreras a la entrada debe conducir a determinar si las empresas participantes en la operación podrían actuar independientemente de sus competidores y, conforme con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, pueden alterar el precio, la oferta y demás factores competitivos, sin ser disciplinados por nuevos entrantes²⁶.

²⁶ Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 20937 de 2010.

COMPETENCIA POTENCIAL

142. Si bien algunas autoridades de competencia en otras jurisdicciones tienen en cuenta la sustituibilidad de la oferta al momento de definir el mercado relevante, esta Superintendencia toma en consideración dicho concepto en caso de requerir un análisis de barreras de entrada y competencia potencial.

143. Se tienen en cuenta aquellas empresas que si bien no son competidoras de las firmas a integrarse, sí están en capacidad, ante eventuales cambios en factores que afectan la demanda (como el precio), de ajustar su producción para ofrecer los productos o brindar los servicios involucrados en la operación de integración.

144. Con esto se busca establecer si ante un aumento en el precio de un producto o servicio, los fabricantes de otros productos pueden reorientar sus instalaciones productivas -en el corto plazo y a un costo reducido- hacia la producción del bien relevante a la operación de integración, neutralizando un eventual aumento de precios. Con base en la descripción de los procesos productivos de las empresas, para el caso de empresas prestadoras de servicios se analizará la capacidad instalada en locales e infraestructura física adecuada para la prestación del servicio, pero el concepto de capacidad productiva aplica específicamente a empresas productoras y abastecedoras²⁷.

²⁷ Ver integración Éxito/Cafam, Resolución No. 38171 de 2010 e Integración Éxito/Super Inter, Resolución No. 54416 de 2014.

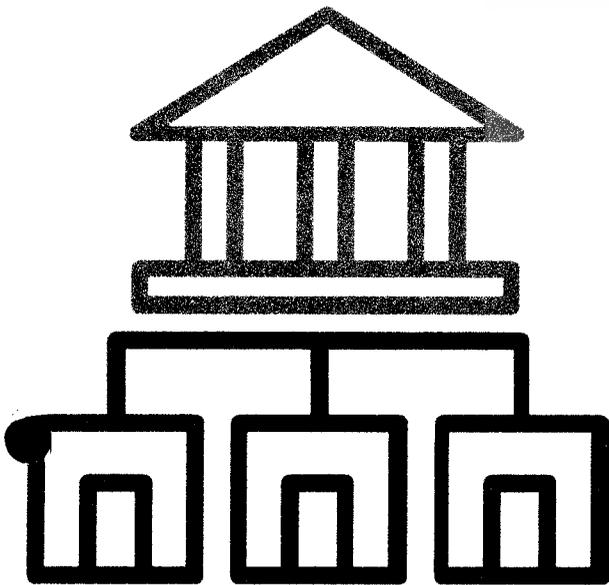
145. Otra fuente alternativa de oferta proviene de las importaciones de productos o servicios. La **SIC** verificará si existe libre importación de productos o de materias primas e insumos, bajo condiciones competitivas frente a la oferta de las empresas intervinientes y los agentes encargados de la distribución de tales productos.

146. Algunos de los factores que la **SIC** tendrá en cuenta para decidir si incluye en la definición del mercado relevante a las firmas que están en capacidad de entrar a competir con las empresas intervinientes posteriormente a la operación de integración son:

- La información sobre costos de ajuste del proceso productivo y beneficios marginales variables que dichas empresas obtendrían.
- La información sobre el proceso de producción, etapas del mismo que sean comunes para diferentes productos y la capacidad de producción excedentaria que se generaría.
- La información sobre los sistemas de distribución de los diferentes oferentes y la velocidad con la que ellos pueden incrementar el volumen de ventas de un producto.
- La evidencia de cambios frecuentes en la capacidad de producción ante variaciones de precios y rentabilidad.
- La evidencia de márgenes de ganancia similares para productos diferentes.

PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS COMPRADORES

147. La capacidad de las empresas de afectar las variables económicas del mercado luego de la integración puede ser contrarrestada no solamente por sus competidores. Los consumidores o clientes igualmente pueden utilizar su capacidad de negociación para limitar dicha capacidad. Es el caso por ejemplo de las grandes superficies, que en algunos casos determinan las condiciones de la negociación en la compra con sus proveedores o las compañías ensambladoras de vehículos que negocian con los proveedores.



EFICIENCIAS DE LA OPERACIÓN

148. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

149. De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, una integración empresarial tiende a restringir la competencia si afecta:

- La libre participación de las empresas en el mercado;
- El bienestar de los consumidores;
- La eficiencia económica.

150. Si del análisis anterior se infiere que puede producirse una indebida restricción a la libre competencia, se analizarán las eficiencias generadas con la operación que puedan ser trasladadas a los consumidores.

151. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009, se considera la siguiente excepción para la objeción de una operación de integración que conduce a una posible indebida restricción de la competencia:

“Artículo 12. Excepción de Eficiencia. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del

proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores. (...)

Parágrafo 1o. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

Parágrafo 2o. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados”.

152. Los tipos de eficiencia pueden dividirse en: (i) Eficiencias del lado de la oferta y; (ii) eficiencias del lado de la demanda.

Eficiencias del lado de la oferta

153. Las eficiencias del lado de la oferta se producen cuando, como consecuencia de la integración entre firmas, el ente integrado puede ofrecer su producto a un menor costo. Los principales ejemplos de eficiencias del lado de la oferta son: los ahorros de costos, la evitación de la doble marginalización (doble beneficio, para el productor y para el distribuidor y/o comercializador), la reducción de la falta de incentivos para la inversión y el reposicionamiento de productos.

154. En primer lugar, los ahorros de costos corresponden a las eficiencias técnicas de las empresas (en aspectos administrativos, financieros y contables).

155. En lo que respecta a la doble marginalización, las integraciones verticales pueden conducir a mejorar los niveles de eficiencia al integrar en una sola, las diversas etapas de producción, evitando la doble marginalización.

156. De igual forma, las integraciones verticales pueden incentivar la inversión. Un ejemplo de lo anterior, es un distribuidor de un producto que no está dispuesto a invertir en promocionar los productos porque su inversión puede beneficiar a otros distribuidores.

157. Finalmente, los procesos de reposicionamiento de productos llevados a cabo por las empresas intervinientes y sus competidores hacen que los consumidores cuenten con una mayor variedad de productos.

Eficiencias del lado de la demanda

158. Por su parte, las eficiencias del lado de la demanda se presentan cuando, como resultado de la integración, crece el incentivo de los consumidores de adquirir los productos ofrecidos por el ente integrado, debido al logro de mayor productividad, eficiencia, calidad y servicio. Dentro de este tipo de eficiencias se encuentran: los efectos de red, los efectos de precios, el efecto portafolio y el “one-stop shopping”.

159. Un beneficio al que puede conducir una integración vertical es la reducción de los costos de transacción para el consumidor, al tener que negociar con una sola empresa.

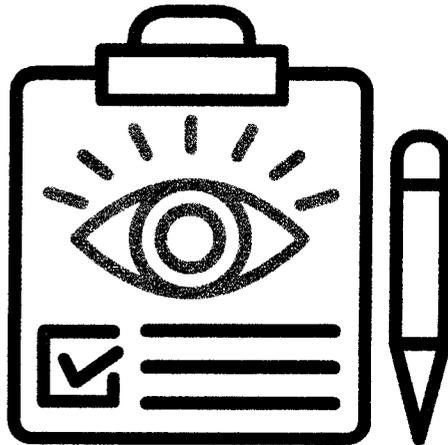
160. Lo importante será que las empresas involucradas en la operación puedan demostrar que con ella se logrará una reducción de costos que se traducirá en un mejor precio, mejor calidad y/o variedad para el consumidor.

161. En los casos en que se adviertan posibles efectos anticompetitivos y las eficiencias son cuantitativamente demostrables y superiores a dichos efectos, se analiza la posibilidad de aprobar la integración con condicionamientos. De lo contrario deberá objetarse.

CONDUCTA DURANTE EL ESTUDIO DE LA SOLICITUD DE PRE-EVALUACIÓN

162. Cuando el cierre de la operación de integración dependa de la autorización por parte de la **SIC**, los intervinientes pueden incurrir en ciertas acciones de concertación durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación que pueden considerarse como ilegales por las normas de protección de la competencia y ser causa de sanciones, en la medida en que suponen que los intervinientes actuaron en desarrollo de la integración sin la respectiva autorización por parte de la **SIC**.

163. Algunas de estas acciones pueden incluir las siguientes: (i) Coordinar estrategias de mercadeo o de ventas; (ii) coordinar los precios; (iii) distribuir clientes, productos o territorios; (iv) impartir directrices o instrucciones por parte del adquirente al adquirido; (v) aplicar planes de negocios conjuntos; (vi) referirse clientes entre sí o abstenerse de buscar; y (vii) compartir información sensible diferente de la necesaria para la negociación de la integración.



CONDICIONAMIENTOS

164. Si el resultado del análisis de una operación de integración, luego del estudio del contrapeso de sus posibles efectos anticompetitivos frente a sus eficiencias, es que se permita su realización pero con condicionamientos, deberá garantizarse que las condiciones de competencia que se pueden ver alteradas como consecuencia de la integración sean preservadas y la competencia efectiva se mantenga.

165. Los condicionamientos son obligaciones a las que se comprometen las intervinientes en una operación de integración económica, con el fin de obtener la aprobación de la operación por parte de la **SIC**.

166. Estas obligaciones usualmente comienzan a regir una vez se aprueba la integración. Sin embargo, la **SIC** también tiene la facultad de exigir el cumplimiento previo de un condicionamiento, por lo que la aprobación de la operación propuesta queda sujeta a una condición suspensiva.

Decisión de condicionar

167. En el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 se estableció que:

“El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que ésta tiende a producir una indebida restricción de la competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. (...)”.

168. Las mencionadas condiciones u obligaciones pueden ser propuestas directamente por las partes interesadas. Para ello, el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 estableció que las empresas intervinientes pueden presentar su propuesta de condicionamientos, en un proceso de pre-evaluación de una operación de integración, dentro de los quince (15) días siguientes al momento en el que la **SIC** da inicio a la segunda fase del proceso de la aprobación de la integración, fase que debe ser informada por la Entidad, vencidos los tiempos establecidos en el numeral 3 del mismo artículo.

169. No obstante, dado el carácter opcional que el mismo legislador estableció para el ofrecimiento de condicionamientos, las intervinientes conservan la posibilidad de presentar su propuesta de acciones y/o comportamientos durante cualquier parte del proceso de aprobación de la integración, incluyendo el recurso de reposición²⁸.

170. Por otra parte, el Superintendente de Industria y Comercio, a partir de los estudios respectivos y de la determinación de los posibles efectos anticompetitivos en el mercado de la integración, podrá establecer las obligaciones y/o condiciones que considere propicias para generar esquemas de efectiva competencia²⁹.

171. El Superintendente de Industria y Comercio decidirá sobre la pertinencia de los condicionamientos propuestos por las intervinientes frente a los propósitos que los mismos deben cumplir; en consecuencia su aprobación o negación será discrecional y así se

²⁸ Numeral 4 Artículo 10 Ley 1340 de 2009.

²⁹ Artículo 11 Ley 1340 de 2009.

establecerá en el acto administrativo suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio que decida la solicitud.

Contenido y consideraciones de los condicionamientos

172. Las consideraciones de la propuesta de condicionamientos, deberán contener al menos:

- **Duración:** el período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija.
- **Intervinientes:** deben identificarse plenamente las empresas que van a adquirir los compromisos y responderán frente a la **SIC** por el debido cumplimiento de éstos. Esta identificación dependerá del tipo de operación proyectada, queriendo decir con esto que si, por ejemplo, la operación es la enajenación total de una línea de negocio, los responsables principales deberán ser los nuevos propietarios de la línea de negocio.

Tipos de condicionamientos

173. De acuerdo con el tipo de integración que se presenta, los efectos en la competencia difieren. Así, los condicionamientos impuestos en cada operación de integración deben ser diseñados con el fin de preservar las condiciones de competencia y mantener las eficiencias que la operación genera.

174. Los condicionamientos podrán ser de tipo estructural o de comportamiento, según el caso. También podrán ser estructurales y estar acompañados de condicionamientos de comportamiento para reforzar el cumplimiento de los primeros.

175. En el caso de integraciones horizontales, el principal efecto sobre la competencia es el incremento del poder de mercado de la entidad integrada como consecuencia de la eliminación de un competidor actual o potencial, del incremento del riesgo de coordinación con los competidores o ambos casos. El aumento del poder de mercado puede darse como resultado de combinar activos destinados a determinadas actividades que bajo otras circunstancias podrían ser utilizados para competir. Por lo anterior, es común que, en la mayoría de integraciones horizontales, el condicionamiento requerido para preservar la competencia sea una “desinversión de activos”.

176. En el caso de las integraciones verticales, el principal efecto sobre la competencia se encuentra relacionado con que la entidad integrada puede influenciar los procesos competitivos de la cadena de valor. En estos casos, los condicionamientos usualmente apropiados para preservar las condiciones de competencia son condicionamientos de comportamiento, que prohíben o imponen ciertas conductas que podrían reforzar la indebida restricción de la libre competencia derivada de la integración o para prevenir problemas de competencia en el futuro.

177. Los condicionamientos de comportamiento deben ser diseñados para proteger a los consumidores de las conductas anticompetitivas que pueda realizar la entidad integrada. No obstante lo anterior, dependiendo del tipo de operación analizada, también es posible considerar condicionamientos estructurales para preservar la competencia.

178. Los condicionamientos deben ser redac-

tados en forma clara y precisa y estar acompañados de un seguimiento continuo por parte de la **SIC**. Para tal fin, se establece la obligación para las empresas de efectuar reportes periódicos donde se informe el adelanto de los compromisos estructurales y la permanencia de los compromisos de comportamiento. Independientemente de estos reportes, la **SIC** se reserva en cada caso, la facultad de realizar visitas o adelantar cualquier tipo de prueba que requiera, para determinar en cualquier momento el cumplimiento de los condicionamientos establecidos.

179. Cuando las operaciones de integración son horizontales y verticales, se deben analizar los efectos negativos que se producen en la competencia, y dependiendo del caso, se pueden presentar combinaciones de condicionamientos estructurales y de comportamiento.

Principales Condicionamientos Estructurales

180. Desinversión de los activos necesarios para que el comprador de los mismos sea un competidor efectivo: para este condicionamiento se requiere identificar claramente cuáles son los activos que el competidor necesitaría para competir efectivamente de forma oportuna y durable en el tiempo.

181. Los activos pueden ser: tangibles, como maquinaria y equipos de producción; intangibles, como marcas y patentes; o una combinación de los dos.

182. Adicionalmente, los activos deben estar en buen estado para garantizarle al comprador que puedan ser aprovechados en el corto, mediano y largo plazo, y restaurar las

condiciones de competencia existentes en el mercado relevante antes de la integración. La venta de los activos podrá realizarse conjunta o individualmente considerados, asegurando que el comprador sea un agente económico que esté en condiciones de utilizarlos para competir idóneamente.

183. Para que el condicionamiento preserve efectivamente la competencia, el comprador de los activos deberá usarlos en el mercado relevante definido y no deberá destinarlos a la producción de otros bienes.

184. De no realizarse la enajenación de los activos, se realizará un encargo fiduciario que administre tales activos y haga posible su venta a un competidor.

185. Desinversión de una unidad de negocio: la unidad de negocio debe estar funcionando y ser rentable para que los competidores se interesen por ella. Cuando se considere este tipo de condicionamiento se incluirán todos los activos relacionados con la unidad de negocio contenida la transmisión del conocimiento técnico requerido para poner en funcionamiento los activos.

186. Desinversión de derechos de activos intangibles críticos¹⁰: este tipo de condicionamientos es utilizado cuando las empresas a integrarse cuentan con derechos de propiedad intelectual que les otorgan ciertos tipos de ventajas para producir o comercializar determinado tipo de bien o producto. En estos casos, la venta de dichos derechos permite preservar las condiciones de competencia en los mercados definidos.

¹⁰ Un activo crítico es aquel que es necesario para que el comprador compita efectivamente en el mercado relevante definido.

187. Dependiendo del caso que se está analizando, puede ser necesario que el comprador o licenciataria adquiera los derechos para producir y vender únicamente el producto relevante, mientras que en otros casos es necesario que éste obtenga también el derecho de producir y vender otros productos.

188. Lo anterior con el fin de que el comprador o licenciataria cuente con las posibilidades de lograr economías de escala y alcance que le permitan competir efectivamente en el mercado definido.

189. Para este tipo de condicionamientos deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- **Tiempo:** el período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija, dependiendo del condicionamiento propuesto. En casos como por ejemplo la enajenación de un establecimiento o maquinaria, es preciso especificar el tiempo prudente para realizar el respectivo proceso.
- **Condiciones:** los condicionamientos ofrecidos no pueden estar sujetos a ningún tipo de condición y deben ser actividades concretas que puedan ser verificadas.
- **Identificación:** cada uno de los elementos involucrados en los condicionamientos estructurales, bien sean máquinas o materiales, deben estar debidamente identificados dentro de las propuestas.
- **Verificación:** esta información es complementaria a la identificación y busca tener información contundente sobre aspectos

de calidad y/o precios que brinden criterios claros sobre la idoneidad del condicionamiento. Un ejemplo adecuado sería un condicionamiento de enajenación de maquinaria en el que las intervinientes adjuntaran a su condicionamiento un informe pericial que garantizara el funcionamiento de las máquinas y su precio aproximado en el mercado.

- **Obligaciones Subsidiarias:** se pueden establecer compromisos facultativos sujetos a la condición de que sea imposible cumplir el condicionamiento principal. Por ejemplo, en los casos en los cuales para el compromiso se establece un término para la enajenación de activos, y dentro de ese lapso no se ha logrado la ejecución de lo prometido, se hace necesaria la aplicación de compromisos alternativos en los que, al igual que en los principales, su componente principal debe estar en función de los propósitos de los condicionamientos. Una vez satisfechos los compromisos facultativos, se tendrá como cumplido el condicionamiento.

Principales Condicionamientos de Comportamiento

190. Órdenes de separar partes de la compañía fusionada "firewall": con estos condicionamientos se busca prevenir la transmisión de información entre la firma que se encuentra en el eslabón superior de la cadena y aquella que se encuentra en el eslabón inferior. Esta restricción busca impedir comportamientos anticompetitivos a través del uso de este tipo de información sensible.

191. Órdenes de no discriminar: este tipo de condicionamientos busca igualdad de condiciones en el trato, acceso y suministro a todas las empresas competidoras de las empresas intervinientes. Lo anterior con el fin de que, como consecuencia de la integración, la empresa que se encuentra en el eslabón superior de la cadena no favorezca a la empresa interviniente que se encuentra en el eslabón inferior y discrimine a sus competidores.

192. Órdenes de licenciar el uso de propiedad intelectual: este tipo de órdenes buscan que el competidor tenga acceso a determinadas tecnologías u otros activos que son necesarios para competir efectivamente en el mercado relevante definido.

193. Órdenes de transparencia: bajo esta figura, la entidad integrada debe poner a disposición de la autoridad de regulación determinada información que en otras circunstancias no se solicitaría, ampliando el flujo de información a la entidad reguladora para que la empresa integrada no evada la regulación.

194. Órdenes de no tomar represalias: estas órdenes prohíben a la empresa integrada discriminar o tomar represalias contra una empresa o entidad que provea información.

195. Prohibiciones de ciertas prácticas en contratos: son usadas especialmente en los casos en que la empresa integrada utiliza los contratos para bloquearle a sus competidores el acceso a un insumo importante, o con el fin de demorar o cerrar la entrada de nuevos competidores al mercado.

196. A pesar de todo lo anterior, la **SIC** considera que la figura de los condicionamientos es flexible y, por lo tanto, es posible estructurar, diseñar e implementar cualquier tipo de obligación que tenga el objetivo de evitar los posibles efectos nocivos de la operación estudiada.

Esquema de Seguimiento

197. Dentro de la propuesta de condicionamientos es relevante tener en cuenta la necesidad de verificación del cumplimiento de los condicionamientos por parte de esta Entidad. Por lo tanto, una vez consolidados los condicionamientos estructurales y/o los de comportamiento, el paso a seguir es establecer los respectivos mecanismos de verificación. Este esquema de seguimiento no limita las facultades de la **SIC** para hacer los controles adicionales que se consideren pertinentes para comprobar que las empresas comprometidas estén cumpliendo a cabalidad con sus compromisos, así como las demás normas de protección de la competencia.

198. Algunos criterios que son considerados son:

- Publicaciones
- Informes periódicos
- Disponibilidad de la información
- Responsabilidades dentro de la organización

199. Todo lo anterior, sin perjuicio de que la Entidad, de acuerdo con las condiciones particulares de cada caso, considere que sea necesario incluir o analizar criterios adicionales.

Seguimiento de los condicionamientos

200. El artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 hace referencia a que en el evento en que una integración sea aprobada con condicionamientos, la **SIC** será la encargada de la supervisión del cumplimiento de éstos. Para esta tarea, la Delegatura de Protección de la Competencia dispone de capital humano encargado de la revisión del cumplimiento de los condicionamientos aprobados.

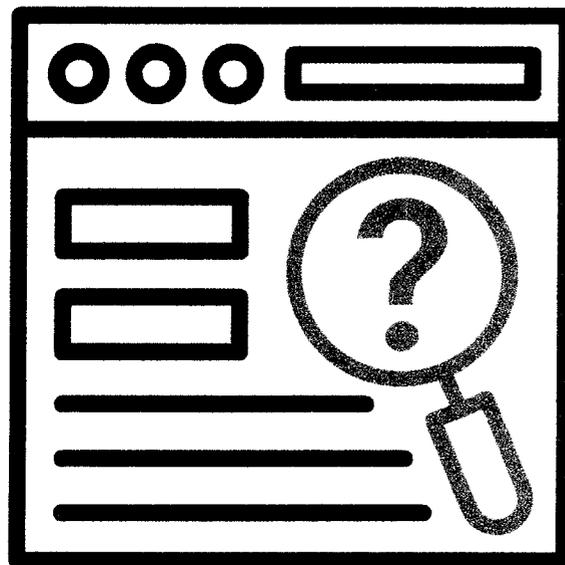
201. Si bien los condicionamientos tienen un componente principal en el esquema de seguimiento aprobado, terceros interesados podrán allegar quejas, o informar situaciones que muestren, directa o indirectamente, el probable incumplimiento de los condicionamientos definidos. Con base en estas quejas y en el esquema de seguimiento, la **SIC** procederá a validar la información necesaria para determinar si efectivamente existió un incumplimiento. En función de esta revisión, las personas encargadas podrán utilizar las facultades conferidas mediante el Decreto 4886 de 2011 a esta Superintendencia, dentro de las cuales podrán incluirse, sin limitarse a ellas, las siguientes:

- Visitas administrativas.
- Revisión de información contable.
- Requerimientos de información a intervinientes.
- Requerimientos de información a terceros.
- Recolección de información digital de las intervinientes.
- Recepción de testimonios.

202. Todas las actividades que se lleven a cabo para la verificación, deberán contar con toda la disposición por parte de las intervinientes, así como de la **SIC** para desarrollarse con total eficiencia. En esta medida, las intervinientes pondrán a disposición de la Entidad toda la información que sea requerida para llevar a cabo dicho seguimiento.

203. Si durante el ejercicio de las anteriores actividades se determina que existió un incumplimiento de los compromisos aceptados, y previa solicitud de explicaciones, se podrá declarar dicho incumplimiento e imponer la sanción respectiva.

La terminación del seguimiento de los condicionamientos tendrá lugar en la fecha que se determine en el acto administrativo por el cual se aprueba una integración sujeta a condicionamientos, a menos que se decida prorrogar dicho término.



204. Por otra parte, las empresas, de acuerdo con las circunstancias concretas que se presenten en el mercado afectado y en caso de cambios significativos del mismo, tendrán derecho a solicitar la terminación o modificación de los condicionamientos. Para recurrir a este derecho, deberán presentar su solicitud de forma escrita de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 de la Resolución No. 10930 de 2015, añadiendo toda la información que consideren pertinente para demostrar que efectivamente las condiciones de mercado han cambiado lo suficiente como para reevaluar, modificar o eliminar los condicionamientos actuales. Toda la información y las motivaciones de la solicitud, así como el efecto que las mismas tengan en relación con los condicionamientos, serán debidamente evaluadas y la Entidad decidirá de manera discrecional sobre su procedencia.

Contribuciones

205. El artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 establece, entre otras cosas, que las actividades de seguimiento que realiza la **SIC** con motivo de la autorización de una operación de integración económica condicionada, serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento. Por lo tanto, una vez es aprobada la integración sujeta a condicionamientos, las intervinientes deberán hacerse responsables del correspondiente pago. Este pago será anual, y su valor se determinará con fundamento en los criterios establecidos en la Resolución No. 72896 de 2010.

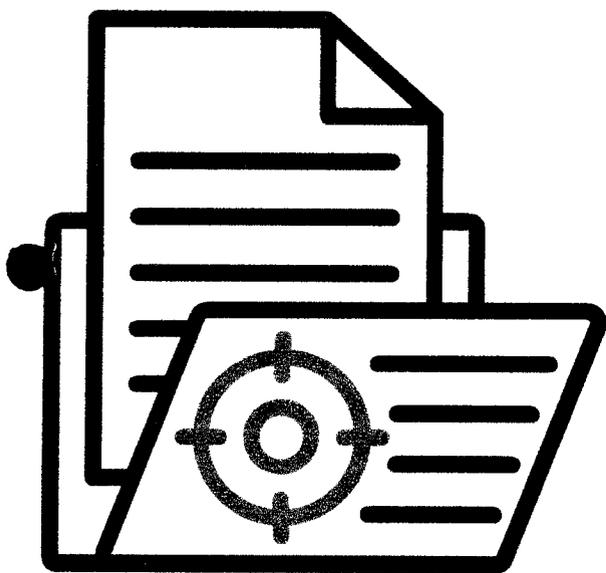
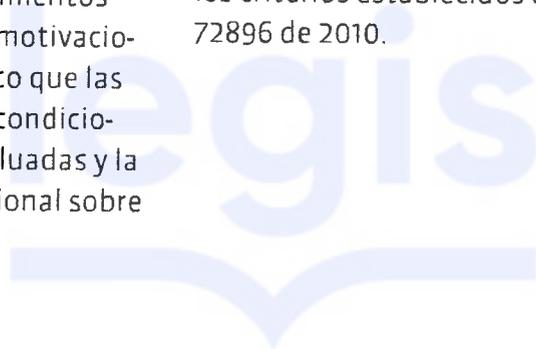


Foto Portada: Pexels
Iconos: Vectors Market

D-13545
OK

3

Bogotá, D.C. octubre 21 de 2019

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Ciudad

71 OCT 2019

4:45 PM
Hv-

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, – Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".



Yo, **HUGO PALACIOS MEJÍA**, ciudadano, identificado como aparece al pie de mi firma, con todo respeto, obrando en nombre propio y en ejercicio del derecho que otorga el numeral 6 del artículo 40 en concordancia con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, y con fundamento en el Decreto Reglamentario 2067 de 1991, interpongo **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 – Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad".

Las normas contra las cuales se dirige esta demanda infringen los artículos 2, 93, 157, 158, 333, 341, 342, 365 y 369 de la Constitución Política de 1991.

I. PRETENSIONES.

Con todo respeto, solicito:

1. Que se declare **INEXEQUIBLE** el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 – Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad" (de ahora en adelante "PND"), en su totalidad.
2. Que la declaración se haga con efectos a partir de la fecha de la sentencia; y que, para asegurar la eficacia de los artículos 2, 93, 157, 158, 333, 339, 340, 341, 342, 365 y 369 de la Constitución sin que la declaración produzca un vacío normativo se disponga en la sentencia que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas ejercer las facultades que les dan la Constitución y la ley en relación con las integraciones verticales en el sector eléctrico.

II. NORMA DEMANDADA

El texto de la norma demandada es el siguiente:

Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019

Ley 1955 de 2019

(mayo 25)

Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

"Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"

El Congreso de Colombia

Decreta (...)

ARTÍCULO 298. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

Sustitúyase el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 por el siguiente:

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada. Esta disposición aplicará también para las empresas que tengan el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos de que trata el presente artículo y en los casos en que la integración existiere previamente a la expedición de la presente ley.

PARÁGRAFO 1o. La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el presente artículo, en relación con la concurrencia de actividades de comercialización, generación y distribución en una misma empresa o en empresas con el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

PARÁGRAFO 2o. Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado. Esta restricción no aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que están exceptuados de esta restricción. El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer un porcentaje inferior a este 40%.

Me referiré a este artículo como: artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, o, simplemente, como: artículo 298 del PND

III. SÍNTESIS DE LOS CARGOS

1.-El contenido "cierto" del artículo 298 del PND.

Antes de presentar la guía de la lectura de las razones por las cuales consideramos que el artículo 298 del PND es inconstitucional, conviene explicar cuál es, con base en su texto pero sin ceñirse a su redacción literal, el contenido "cierto" de esa norma, en el cual nos fundamos para presentar los cargos que contiene esta demanda:

a.-El artículo 298 del PND sustituye el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, que era del siguiente tenor:

ARTÍCULO 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

b.-Todas las empresas del sector eléctrico, no importa la época de su constitución, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

c.-Todas las empresas que tengan como objeto prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, y que tengan el mismo controlante, o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

d.-La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá establecer la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos a los que se refieren los literales "b" y "c" anteriores.

e.-La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá establecer la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos a los que se refieren los literales "b" y "c" anteriores.

f.-La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el artículo 298, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

g.- Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, y que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

h.-La prohibición a la que se refiere el literal "g" anterior no se aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que tales procesos están exceptuados de esta restricción.

i.-El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer que una empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, y que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, no podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, porcentajes que sean inferiores al 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

2.-Guía de las razones que se expondrán en la demanda para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 298 del PND.

Solo para que sirva de guía en la lectura de la demanda, y sin perjuicio de las razones detalladas que se exponen en cada cargo, se informa que la demanda se refiere a los cargos que aparecen en seguida.

1. **Viola los artículos 157, 158, 341 y 342, entre otros, de la Constitución Política, en lo que se refiere al principio de "consecutividad".** De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, todos los artículos de una ley deben referirse a temas que se han planteado en los distintos debates previstos para ella. El artículo 298 del PND es inconstitucional porque fue introducido para el segundo debate de la Ley del PND, y su contenido particular es un asunto nuevo frente a los planteamientos originales que se hicieron en la exposición de motivos y en las Bases del Plan. En efecto, la posibilidad de "integración vertical" entre los distintos actores que hacen parte del sistema de energía nacional no había sido discutido ni planteado con anterioridad en el trámite legislativo de la ley del Plan, hasta la introducción del artículo demandado.
2. **Viola los artículos 157, 158, 341 y 342 entre otros, de la Constitución Política, en lo que se refiere al principio de "unidad de materia".** De acuerdo con el artículo 158 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, todos los artículos de una ley deben de guardar una relación directa con los temas que hacen parte de ésta. Si bien, por su naturaleza, las leyes que hacen parte de los planes de desarrollo tratan temas diversos, no por ello dejan de estar sujetos a este principio. El artículo 298 del PND es inconstitucional porque su contenido particular no tiene conexión directa e inmediata con las Bases de dicho plan, ni con sus otros elementos, especialmente en lo que se relaciona con la prestación eficiente de los servicios públicos. En efecto, aunque las Bases del Plan contienen objetivos relacionados con mejorar la prestación de tales servicios, en ninguna parte de ellas se indicó que la manera de hacerlo sería permitiendo la integración vertical entre las distintas empresas que hacen parte del sector de energía eléctrica.
3. **Viola, entre otros, los artículos 2, 93, incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 333, y 365 de la Constitución Política, en lo que se refiere al derecho constitucional a la "libre competencia" y la "prevención del abuso de la posición**



dominante". El artículo 333 de la Constitución Política ordena limitar el derecho a la libre empresa, si es necesario para proteger el bien común y el interés social del cual hace parte el derecho que tienen los usuarios de servicios públicos a beneficiarse de la libre competencia; y ordena evitar los abusos que pueden surgir al crearse situaciones de posición dominante. El artículo 298 del PND es regresivo, pues aumenta el riesgo de abusos de la posición dominante por parte de empresas del sector eléctrico que ahora se podrán integrar verticalmente y realizar simultáneamente actividades de generación, comercialización y distribución de energía.

IV. ANTECEDENTES: EL TRÁMITE DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018 – 2022 EN EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Los primeros dos cargos contra el artículo 298 del PND que presenta adelante esta demanda se basan en irregularidades en el trámite legislativo de dicho artículo; en particular, en la falta de "unidad de materia" frente a las Bases del PND, y en su falta de "consecutividad" entre las etapas que exigen la Constitución y la ley para el artículo pudiera ser aprobado. Por eso, a continuación, se resume el trámite legislativo del PND y del artículo aquí demandado; en relación con éste trámite pediremos adelante pruebas, según autoriza el artículo 10 del Decreto 2067 de 1991.

1.-El 6 de febrero de 2019, el Gobierno Nacional presentó el Proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo (en adelante "PND"), a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público, con su correspondiente exposición de motivos, y lo radicó en la Secretaría General de la Cámara de Representantes con el número 311 de 2019 y en la Secretaría General del Senado con el número 227 de 2019. Así cumplió con el artículo 341 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 152 de 1994, según los cuales el proyecto de la Ley cuatrienal del Plan de Desarrollo debe presentarse antes del 7 de febrero del año siguiente a la iniciación del período presidencial respectivo.

2.-El 19 y 20 de febrero de 2019 se llevaron a cabo sesiones conjuntas de las comisiones Terceras y Cuartas de Cámara y Senado para escuchar la presentación del proyecto del PND por parte del Gobierno nacional.

3.-El 22 de febrero se designaron los 55 coordinadores y ponentes del proyecto de Ley del PND, para comenzar la discusión de fondo. Inicialmente se citó a las comisiones económicas conjuntas para escuchar a la Directora del Departamento Nacional de Planeación (DNP) y al Ministro de Hacienda; sin embargo, la mayoría de las reuniones se desarrollaron en el Ministerio de Hacienda.

4.-El Proyecto de Ley fue publicado en la Gaceta del Congreso N° 033 de 2019 del 7 de febrero de 2019 y únicamente comprendía 183 artículos, **dentro de los cuales no se encontraba el texto del actual artículo 298 del PND.**

5.-En las Gacetas No. 130, de la Cámara y 131 del Senado, del 19 de marzo de 2019, se publicó el Informe de ponencia, negativa, para primer debate, del proyecto del PND, que realizaron los congresistas Wilson Neber Arias Castillo, Aida Yolanda Avella Esquivel, Gustavo Bolívar Moreno, David Racero, Carlos Alberto Carreño y Jairo Reinaldo Cala Suárez. En este informe, los congresistas solicitaron a las Mesas Directivas de las Comisiones Económicas de Senado y Cámara archivar el proyecto de ley. Dicho informe fue publicado de nuevo en la Gaceta No. 133, de la Cámara, del 19 de marzo de 2019

6.-En las Gacetas Nos. 135 (Senado) y 136 (Cámara), del 20 de marzo de 2019 aparecen las publicaciones de las ponencias positivas.

7.-Una vez se agotó el estudio en cada una de las subcomisiones (Equidad, Legalidad, Emprendimiento y Económica), entre el 11 y 19 de marzo de 2019, los congresistas designados como ponentes sesionaron de manera conjunta con el fin de aprobar el articulado que se presentaría **en el primer debate a las Comisiones Económicas Conjuntas de Senado y Cámara**. Para esto, revisaron los textos incluidos en el proyecto de ley, las proposiciones congresuales radicadas en la Secretaría de la Comisión Tercera de la Cámara y las modificaciones sugeridas por el Gobierno Nacional.

8.-El artículo 156 del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) dispone que la publicación de los "Informes de ponencia" en la Gaceta del Congreso se hará dentro de los tres días siguientes a su presentación. La fecha de radicación de los "Informes de ponencia" no está en las Gacetas. Sin embargo, la información verbal que se recibió en el Congreso sobre las fechas de radicación de las ponencias indica:



- Ponencia negativa (Gaceta 130 del 19 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia negativa (Gaceta 131 del 19 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia negativa (Gaceta 133 del 19 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 135 del 20 de marzo de 2019). **Radicada el 18 de marzo de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 136 del 20 de marzo de 2019). **Radicada el 19 de marzo de 2019.**
- **Primer debate:** 22 de marzo de 2019. (Gaceta 211 del 9 de abril de 2019, página 99).

9.-En la sesión del 19 de marzo de 2019, **el Gobierno propuso nuevos artículos** ante los coordinadores y ponentes del proyecto de Ley **para primer debate**. Las proposiciones fueron publicadas en las Gacetas del Congreso N° 135 y 136 del 20 de marzo de 2019 (el informe de ponencia positiva para primer debate que elaboraron los coordinadores de las Comisiones Conjuntas Tercera y Cuarta de Cámara y Senado incluía el acta de la sesión del 19 de marzo de 2019.) Los artículos propuestos por el Gobierno en primer debate vendrían a ser los artículos 298 y 18 del PND, respectivamente.

10.-El 20, 21 y 22 de marzo se llevó a cabo el **primer debate del proyecto del PND en las Comisiones Terceras y Cuartas Conjuntas** de la Cámara de Representantes y del Senado de la República. El 20 de marzo se discutió (i) la primera ponencia negativa radicada, publicada en las Gacetas N° 130 y 131 de 2019, (ii) la segunda ponencia negativa radicada, publicada en la Gaceta N° 133 de 2019. Por su parte, el 21 de marzo las Comisiones Conjuntas de Cámara y Senado se reunieron para discutir la ponencia positiva para **primer debate**, publicada en las Gacetas N° 135 y 136 de 2019.

11.-En la sesión del 21 de marzo únicamente hubo quórum deliberatorio y decisorio en tres de las cuatro Comisiones Conjuntas, pues en la Comisión Cuarta del Senado solo hubo quórum deliberatorio.

12.-El día 22 de marzo de 2019, **en sesión conjunta**, el Proyecto fue aprobado en **primer debate por las comisiones Terceras y Cuartas Constitucionales Permanentes** del Senado de la República y de la Cámara de Representantes. El acta correspondiente a esta sesión conjunta aparece en la Gaceta del Congreso N° 211 del 9 de abril de 2019.

13.-Con la aprobación del 22 de marzo se dio cumplimiento al artículo 20 de la Ley 152 de 1994 (Orgánica de Planeación), que ordena que **el primer debate** se surta **conjuntamente** en estas comisiones, dentro de un plazo improrrogable de cuarenta y cinco días contados a partir de la presentación del proyecto; y se cumplió también el segundo inciso del artículo 169 de la Ley 5ª de 1992, que contiene similar indicación.

14.-Los días 3, 4, 8, 9, 10, 11 y 23 de abril de 2019, los ponentes y coordinadores se reunieron con el equipo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del DNP, "con el fin de definir la metodología para la discusión **en segundo debate** del articulado aprobado en primer debate y de las proposiciones presentadas sobre cada uno de los artículos, así como definir la inclusión de artículos nuevos"¹. Así, teniendo en cuenta las opiniones del Ministerio de Hacienda y el DNP, los ponentes propusieron ajustes al proyecto aprobado. Además, propusieron el siguiente texto:

ARTÍCULO NUEVO. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. En la actualidad y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, sólo las empresas que se hayan constituido con posterioridad a la vigencia de dicha ley, tienen prohibido desarrollar las actividades de comercialización y al tiempo las de generación y distribución de energía, toda vez que según la restricción contenida en esa norma, las empresas comercializadoras, sólo pueden desarrollar dicha actividad en conjunto con una de las dos actividades.

Se tiene sin embargo, que dicha restricción aplica actualmente para muy pocas empresas, toda vez que la mayoría de los participantes en el mercado de energía eléctrico en Colombia, se constituyeron con anterioridad a la Ley 143 de 1994. Se ha identificado en esa medida, que dicha disposición genera una distorsión y unas desigualdades en el mercado de energía, que no fomentan la existencia de más competencia en condiciones de paridad para todos los agentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que con el fin de promover la sostenibilidad y la competencia en el sector energético colombiano, de forma que todos los agentes compitan en igualdad de condiciones, y que con ello hayan más participantes que permitan continuar expandiendo el servicio de energía eléctrica en Colombia, se permita que las empresas comercializadoras de energía, puedan también adelantar las actividades de distribución y/o generación, de forma que dicha posibilidad sea la misma para empresas constituidas antes y después de la Ley 143 de 1994.

Lo anterior bajo el entendido de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, debe establecer las condiciones necesarias para que dicha integración no genere efectos nocivos para la competencia. Lo anterior en la medida en que es más eficiente para el mercado de energía, que no se establezca un límite absolutamente rígido, sino en su lugar, políticas y regulaciones que atiendan a la realidad móvil y dinámica del mercado de energía, lo que a su vez requiere que las disposiciones por las cuales se protege la competencia atiendan a dicho dinamismo.

En ese mismo orden, teniendo en cuenta esta posibilidad de integración, y con el fin de asegurar que no existan abusos de posición dominante en el mercado de energía, se establece una limitación para las empresas con una participación importante en el mercado, de forma que no puedan comprar más

¹ Página 3 de la Gaceta 272 del 26 de abril de 2019. (Subrayado ajeno al original)

de un porcentaje específico de la energía que estas mismas generan o que generan empresas afiliadas a su mismo grupo empresarial, para atender la energía demandada por su mercado relevante. Con esto se permite que los precios de la energía sean más competitivos y eficientes.

15.- Este artículo nuevo tiene relación con lo que vendría a ser el artículo 298 del PND, contra el cual se dirige esta demanda.

16.- En la Gaceta 246 del 24 de abril de 2019 se publicó el informe de ponencia negativa **para segundo debate** del PND que recibió la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes. Esta ponencia fue elaborada por los representantes Catalina Ortiz Lalinde, Katherine Miranda Peña, David Ricardo Racero Mayorca, Jairo Reinaldo Cala Suárez, y Carlos Alberto Carreño Marí, quienes manifestaron:

...durante la mayor parte del tiempo, el Gobierno presentó numerosas modificaciones a los artículos que había entregado con el proyecto original e innumerables artículos nuevos que iba entregando de manera desordenada y sorpresiva, sobre los cuales ni los ponentes ni la ciudadanía estaban advertidos.

El viernes 22 de marzo fue aprobado en comisiones económicas conjuntas, de manera abrupta y en cuestión de minutos, sin discusión ni debate alguno el Plan Nacional de Desarrollo, a oscuras sobre el contenido que estaba siendo aprobado, toda vez que pocas horas antes, a escasos dos días de vencerse el plazo legal para la aprobación del Plan en primer debate, el Gobierno nacional y los ponentes que apoyaban el texto presentaron ponencia de 900 páginas con 321 artículos que modificaban decenas de leyes vigentes; 126 artículos eran adicionales a los que habían entregado inicialmente. Era imposible que en ese escaso margen de tiempo estudiar, analizar y comprender tan extensa, novedosa y compleja materia, por lo cual numerosos congresistas nos ausentamos del recinto en actitud de protesta. Como si fuera poco, durante dicha sesión fueron aprobados, por la mayoría de los presentes, diez artículos nuevos cuyo contenido los congresistas ponentes y los miembros de las comisiones desconocíamos por completo”²

17.- Las modificaciones señaladas arriba fueron incluidas en el informe de ponencia positiva **para segundo debate**, publicado en las Gacetas del Congreso N° 272 y 273 del 26 de abril 2019.

18.- Para los segundos debates, los informes de ponencia se publicaron en forma oportuna:

- Ponencia negativa (Gaceta 246 del 24 de abril de 2019). **Radicada el 23 de abril de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 272 del 26 de abril de 2019). **Radicada el 26 de abril de 2019.**
- Ponencia positiva (Gaceta 273 del 26 de abril de 2019). **Radicada el 26 de abril de 2019.**
- Ponencia negativa (Gaceta 274 del 26 de abril de 2019). **Radicada el 23 de abril de 2019**
- Ponencia negativa (Gaceta 287 del 30 de abril de 2019). **Radicada el 30 de abril de 2019.**
- **Segundo debate:** 30 de abril, 1 y 2 de mayo de 2019. (Gaceta 293 del 2 de mayo de 2019, página 293)

² Página 15 de la Gaceta 246 del 24 de abril de 2019.

19.-De este modo se cumplió con el artículo 156 del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992).

20.-En sesiones plenarias de la Cámara de Representantes, realizadas el 30 de abril, y el 1 y 2 de mayo de 2019 fue aprobado **en segundo debate** el texto definitivo del Proyecto de Ley 311 de 2019 Cámara y 227 de 2019 Senado (el proyecto del PND), según consta en la Gaceta del Congreso N° 293 del 2 de mayo de 2019.

21.-Por su parte, en sesión plenaria del Senado de la República del 2 de mayo de 2019, con 57 votos fue aprobado en segundo debate el texto definitivo del proyecto del PND, texto publicado en la Gaceta N° 315 del 7 de mayo de 2019. El Senado de la República acogió, en su totalidad, el texto aprobado por la Cámara de Representantes.

22.-El 25 de mayo de 2019 se impartió sanción presidencial al proyecto del PND, convirtiéndose en la Ley 1955 de 2019. Se publicó en el DIARIO OFICIAL, No. 50.964, del 25 de mayo de 2019.

V. CARGO PRIMERO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE "CONSECUTIVIDAD".

Todas las leyes de Planes de Desarrollo que expide el Congreso de la Republica están sujetas al principio de "consecutividad", de acuerdo con principios comunes a otras leyes pero que tienen aplicación especial en el caso de las leyes de Planes. Ello consta en los artículos 157, 158, 341 y 342 de la Constitución, en concordancia con el artículos 21, 22 y 23 de la Ley 152 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En el caso particular de la Ley del PND 2018 – 2022, el artículo 298 es inconstitucional porque viola el principio de "consecutividad", como explico a continuación.

1. La doctrina constitucional sobre el principio de "consecutividad" y las facultades del Congreso para modificar el proyecto de Ley del Plan Nacional de Desarrollo

Como mencionamos atrás, los Planes Nacionales de Desarrollo están compuestos por una "parte general" que contiene Bases (propósitos, objetivos, metas), y por un Plan de inversiones (Art. 339 de la Constitución). Corresponde al Gobierno Nacional elaborar el proyecto y presentarlo para aprobación del Congreso de la República. Con todo, pese a que el Plan es de estricta iniciativa gubernamental, el Congreso puede introducir modificaciones al texto, en el trámite legislativo, **siempre que las modificaciones se refieran exclusivamente al Plan de Inversiones**, como manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-305 de 2004, ya referida³.

Es claro, según el texto del inciso final del artículo 341 de la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que el Congreso estaba legalmente facultado para hacer modificaciones al proyecto que se convirtió en Ley 1955 de 2009, **inclusive añadiendo artículos nuevos en las sesiones plenarias**. La jurisprudencia, entonces, sustenta la constitucionalidad de algunos de los cambios que se hicieron en el trámite del PND entre primero y segundo debate para varios artículos. La jurisprudencia y el artículo 342 de la Constitución, como mostraremos adelante, **sustenta la inconstitucionalidad del trámite que se dio al artículo 298 como artículo nuevo en segundo debate**.

³ Corte Constitucional, "Sentencia C-305 del 30 de marzo de 2004", ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Exp. D-4726 y 4730 acumulados.

En efecto, sentencias como la C-305 de 2004, de la cual fue ponente Monroy, trataron el asunto de los trámites a los que debe someterse el PND en el Congreso y, en general, el trámite de las leyes. La sentencia C-305 se refirió a unas demandas contra el "Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006". La Corte, en esa sentencia, fue categórica en afirmar que en los segundos debates las Cámaras pueden introducir artículos nuevos a un proyecto. Sin embargo, **limitó esta posibilidad, en el sentido de precisar que el tema del artículo nuevo debe haber figurado en el primer debate.** Este requisito es una manifestación del llamado "principio de consecutividad", que se refiere a la **continuidad y relativa coincidencia** que debe haber en el trámite de los proyectos de Ley respecto de los asuntos a los que el proyecto se refiere.

La Corte ha avanzado en el examen del principio de "consecutividad", como puede verse en la sentencia C-084 de 2019. En esta providencia, la Corte precisó los requisitos para que un artículo que se introdujo en segundo debate pueda ser considerado constitucional. En esa sentencia dijo:

14. Frente al problema de los supuestos en los cuales las modificaciones o adiciones a los proyectos de Ley en segundo debate presentan una relación material con el contenido general de la iniciativa aprobada en primer debate, la jurisprudencia constitucional ha señalado que debe identificarse una **conexidad clara y específica estrecha, necesaria y evidente.** Así mismo, ha planteado un conjunto de pautas orientadas a determinar los casos de incorporación de temas nuevos de un proyecto de ley. En este sentido, ha señalado: (i) un artículo nuevo no siempre corresponde a un asunto nuevo puesto que el artículo puede versar sobre asuntos debatidos previamente; (ii) no es asunto nuevo la adición que desarrolla o precisa aspectos de la materia central tratada en el proyecto siempre que la adición esté comprendida dentro de lo previamente debatido; (iii) la novedad de un asunto se aprecia a la luz del proyecto de Ley en su conjunto, no de un artículo específico; (iv) no constituye asunto nuevo un artículo propuesto por la Comisión de Conciliación que crea una fórmula original para superar una discrepancia entre las Cámaras en torno a un tema:

15. Ahora bien, un problema relevante, frente al cual en el presente proceso se ha generado el principal desacuerdo, tiene que ver con los supuestos en los cuales una norma introducida en segundo debate, guarda alguna relación con una de las materias sobre las cuales se han discutido y votado iniciativas en primer debate. **No se trata de una relación general con el Proyecto de Ley, a lo cual reconduciría el principio de unidad de materia,** sino de casos en que pueden identificarse ciertos aspectos comunes entre la norma introducida y los temas alrededor de los cuales fueron discutidas y votadas normas en primer debate. La pregunta que plantean estos eventos es si tales coincidencias o, en otras palabras, cualquier cercanía temática entre la proposición nueva y lo debatido y votado por las comisiones es suficiente para entender satisfechos los principios de **consecutividad e identidad flexible.**

16. A la luz de la jurisprudencia constitucional, la respuesta a lo anterior ha consistido en que se desconocen los referidos principios si, **no obstante, la norma novedosa tiene proximidad temática con los asuntos discutidos y votados en primer debate, implica en lo fundamental una materia autónoma e independiente de aquellos.** El precepto incorporado en plenarios no es totalmente extraño a los temas del proyecto de Ley conocidos en primer debate. Sin embargo, por sus características, **en realidad plantea un objeto material de regulación sustancialmente distinto,** de tal manera que "su temática le brinda cierta autonomía hasta el punto de que podría plasmarse en un proyecto independiente".

(...)

En consecuencia, la Corte ha considerado que pese a que los temas alrededor de los cuales han girado las iniciativas en primer debate han sido debidamente discutidos y votados, respecto de la norma novedosa **se produce una elusión material del debate**, porque sobre la materia que ella implica las comisiones constitucionales permanentes o las plenarias no han cumplido el deber de manifestar su voluntad política en el sentido de aprobarla o negarla. Este criterio puede apreciarse en varios pronunciamientos (...) (Negrillas y subrayados ajenos al original y referencias omitidas)

En conclusión, el principio de **consecutividad** es particularmente relevante a la hora de analizar la constitucionalidad del artículo 298 del PND, debido precisamente a que fue introducido en el segundo debate de la mencionada ley; y porque tiene una relación remota con otros temas que hacen parte del PND. Pero hay argumentos adicionales para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 298, como nuestro a continuación.

2. El análisis concreto: el "principio de consecutividad" y el artículo 298 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022

Como mencionamos atrás, los días 3, 4, 8, 9, 10, 11 y 23 de abril de 2019, los ponentes y coordinadores se reunieron con el equipo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del DNP, "con el fin de definir la metodología para la discusión en segundo debate del articulado aprobado en primer debate y de las proposiciones presentadas sobre cada uno de los artículos, así como definir la inclusión de artículos nuevos"⁴. Así, teniendo en cuenta las opiniones del Ministerio de Hacienda y el DNP, los ponentes propusieron ajustes al proyecto aprobado, y propusieron el siguiente texto:

ARTÍCULO NUEVO. ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. En la actualidad y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, sólo las empresas que se hayan constituido con posterioridad a la vigencia de dicha ley, tienen prohibido desarrollar las actividades de comercialización y al tiempo las de generación y distribución de energía, toda vez que según la restricción contenida en esa norma, las empresas comercializadoras, sólo pueden desarrollar dicha actividad en conjunto con una de las dos actividades.

Se tiene sin embargo, que dicha restricción aplica actualmente para muy pocas empresas, toda vez que la mayoría de los participantes en el mercado de energía eléctrico en Colombia, se constituyeron con anterioridad a la Ley 143 de 1994. Se ha identificado en esa medida, que dicha disposición genera una distorsión y unas desigualdades en el mercado de energía, que no fomentan la existencia de más competencia en condiciones de paridad para todos los agentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que con el fin de promover la sostenibilidad y la competencia en el sector energético colombiano, de forma que todos los agentes compitan en igualdad de condiciones, y que con ello hayan más participantes que permitan continuar expandiendo el servicio de energía eléctrica en Colombia, se permita que las empresas comercializadoras de energía, puedan también adelantar las actividades de distribución y/o

⁴ Página 3 de la Gaceta 272 del 26 de abril de 2019.

generación, de forma que dicha posibilidad sea la misma para empresas constituidas antes y después de la Ley 143 de 1994.

Lo anterior bajo el entendido de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, debe establecer las condiciones necesarias para que dicha integración no genere efectos nocivos para la competencia. Lo anterior en la medida en que es más eficiente para el mercado de energía, que no se establezca un límite absolutamente rígido, sino en su lugar, políticas y regulaciones que atiendan a la realidad móvil y dinámica del mercado de energía, lo que a su vez requiere que las disposiciones por las cuales se protege la competencia atiendan a dicho dinamismo.

En ese mismo orden, teniendo en cuenta esta posibilidad de integración, y con el fin de asegurar que no existan abusos de posición dominante en el mercado de energía, se establece una limitación para las empresas con una participación importante en el mercado, de forma que no puedan comprar más de un porcentaje específico de la energía que estas mismas generan o que generan empresas afiliadas a su mismo grupo empresarial, para atender la energía demandada por su mercado relevante. Con esto se permite que los precios de la energía sean más competitivos y eficientes

Este artículo nuevo vendría a ser el artículo 298 del PND. Este texto fue modificado luego hasta convertirse en el artículo demandado y transcrito a inicio de esta demanda.

A la luz de los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 152 de 1994 y de la jurisprudencia referida en el numeral anterior, el artículo 298 del PND, sobre la integración vertical de la industria eléctrica, y que apareció solo con oportunidad del segundo debate, no tiene **"conexidad clara y específica, estrecha, necesaria y evidente"** ni con las Bases del PND ni con los artículos que se habían discutido y aprobado en el primer debate. Ello implica una violación del principio de consecutividad que consagran esos artículos, por orden de los artículos 341 y 342 de la Constitución. Por lo cual el artículo 298 es inconstitucional, como solicitamos que se declare.

El artículo 298 trata sobre el tema de la "estructura de la industria eléctrica" en el país, mientras que los otros artículos sobre asuntos del sector eléctrico versaban sobre la forma de organizar los **contratos** de compra de energía, o sobre la **estructura tarifaria** especial para el mercado de Electricaribe, o sobre unos tributos para el consumo de energía o para la Superintendencia y las comisiones de regulación. No es posible afirmar que este artículo 298, que autoriza la "integración vertical" de la industria eléctrica, era **"necesario"** para la adecuada comprensión o desarrollo de los objetivos que aparecen en las Bases, ni de los artículos aprobados en primer debate y relativos al sector.

Además, es claro que el artículo 298 **habría podido ser parte de un proyecto de Ley independiente**, que reformara la Ley 143 y el régimen legal aplicable al servicio de energía eléctrica; o -inclusive de un proyecto de un solo artículo!- sobre integraciones verticales en la industria, tema éste que es, en sí mismo, de suficiente importancia como para merecer una ley especial.

De hecho, si este artículo 298 no se hubiese incluido en la Ley PND, su ausencia no afectaría en absoluto la aplicación de los otros artículos del PND, o el cumplimiento de los objetivos del mismo. Como se observa *prima facie*, el artículo ni siquiera menciona o alude a cualquiera otra norma de la Ley 1955.

La relación de este artículo con los temas aprobados en primer debate no era, pues, clara y específica, estrecha, necesaria y evidente, por lo que su aprobación violó lo el principio de consecutividad.

Por lo tanto, aplicando los artículos 157, 158, 341 y 342 de la Constitución, en concordancia con los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 152 de 1994 y los criterios de la jurisprudencia que aparecen, entre otras, en la sentencia C-084 de 2019, la introducción de este artículo 298 en segundo debate del proyecto que se convirtió en la Ley 1955 rompió el "principio de consecutividad", y debe ser declarado inexecutable, como pedimos con todo respeto.

VI. CARGO SEGUNDO: VIOLACIÓN AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE "UNIDAD DE MATERIA"

De manera general, todas las leyes que expide el Congreso de la Republica están sujetas al principio de "unidad de materia" según el artículo 158 de la Constitución Política. Esta regla se aplica también a la Ley del PND. En el caso particular de la Ley del PND 2018 – 2022, el artículo 298 es inconstitucional porque no solo no guarda "unidad de materia" con los otros elementos del PND de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como explicamos a continuación; sino que, además, se opone a lo que en forma explícita dicen las Bases del PND sobre integraciones en el sector eléctrico.

1. La doctrina constitucional sobre el principio de unidad de materia y la Ley del Plan Nacional de Desarrollo

El PND es una Ley especial, en varios sentidos. En primer término, su trámite difiere del que se aplica para producir las leyes ordinarias. Pero, sobre todo, su contenido está determinado por el artículo 341 de la Constitución y por la Ley 152 de 1994; esta última, a su vez, ha tenido algunos cambios derivados de la Ley 1473 de 2011 (Regla Fiscal) y, en un asunto menor, por la Ley 290 de 1996.

Debido a su propósito especial dentro de la institucionalidad económica colombiana, el PND tiene tres tipos de elementos o componentes: las Bases (objetivos y metas), el Plan de inversiones y las disposiciones instrumentales. El artículo 298 es una disposición "instrumental o mecanismos de ejecución" (Numeral 3 del artículo 150 e inciso tercero del artículo 341 de la Constitución; y artículo 6, literal "d" de la Ley 152 de 1994). Como tal, y según el numeral 3 del artículo 150 de la Constitución, puede modificar el régimen de los servicios públicos de energía, si lo que establece es "necesario" para impulsar el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan de inversiones públicas.

El principio de "unidad de materia" que contiene el artículo 158 de la Constitución Política, y que se aplica a todas las leyes recibe un tratamiento "especial" por parte de la Corte Constitucional cuando debe aplicarlo al PND, tal como puede apreciarse en la sentencia C-092 de 2018, de la cual fue ponente el Magistrado Rojas Ríos. En esta sentencia se hace referencia a sentencias anteriores de la Corte sobre la misma materia, en particular a la C-305 de 2004, cuyo ponente fue Monroy, y a la providencia C-016 de 2016, cuyo ponente fue Linares. Ese tratamiento "especial" surge del hecho de que un PND debe referirse a muchísimos asuntos de interés para el desarrollo del país, por lo que el principio de "unidad de materia" resulta mucho más difícil de interpretar y aplicar respecto de un PND que frente a las demás leyes que, por lo general, solo se refieren a un asunto determinado.

El principio de "unidad de materia" exige identificar, en primer término, los núcleos temáticos de la Ley del PND, con cada uno de los cuales cada una de sus partes debe guardar una vinculación objetiva y razonable. La Corte Constitucional tiene en cuenta que, por su naturaleza, es natural que el PND se refiera a múltiples materias, pero sostiene que, en todo caso, debe aplicarse en la ley del PND de modo estricto el principio de "unidad de materia". Hay tres razones para ello: (i) la importancia del PND en el sistema

de fuentes del derecho; (ii) **las excepciones al principio democrático que se aplican al origen y trámite del proyecto del PND en el Congreso**; y (iii) para que la multiplicidad de asuntos propios del PND no haga inoperante el principio mismo de "unidad de materia", de acuerdo con las sentencias C-016 de 2016 y C-092 de 2018, ya referidas. Al aplicar de modo **estricto** el principio de "unidad de materia" respecto del PND, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 341 de la Constitución, el Plan de Inversiones -la única parte del Plan que según la Constitución debe expresarse por medio de una Ley que tiene prioridad sobre las demás leyes, - debe incluir "mecanismos" idóneos para su ejecución: por este motivo, es razonable y necesario que el PND incluya artículos, que obran como elementos "instrumentales" o "mecanismos idóneos" para la ejecución de los objetivos, las metas y las inversiones del Plan.

La jurisprudencia constitucional, en la sentencia C-305 de 2004, cuyo ponente fue Monroy, **extiende a todo el PND el privilegio de incluir mandatos idóneos para su ejecución**, privilegio que, en principio, según el inciso tercero del artículo 341 constitucional, solo sería predicable del Plan Nacional de Inversiones. Pero, aun así, según tal sentencia, los artículos que contienen disposiciones "instrumentales", ya se trate de instrumentos presupuestales o simplemente normativos, deben guardar "unidad de materia" con los otros elementos del PND, en la medida en la que, precisamente, sirvan para su ejecución. Ello quiere decir que, en relación con las Bases del PND, las disposiciones "instrumentales" deben guardar "unidad de materia", esto es, deben ser **"directa e inmediatamente adecuadas" para hacer efectivos los objetivos y metas** del PND. La **"conexión inmediata"** significa que la norma instrumental no ha de requerir otra circunstancia adicional a su propio cumplimiento para ser efectiva respecto de las metas u objetivos del plan, de acuerdo con la sentencia C-376 de 2008, cuyo ponente también fue Monroy.

En otras sentencias la Corte elaboró con mayor detalle los criterios para determinar si existe conexidad y, por lo tanto, "unidad de materia" entre las diversas normas de una ley; y aplicó luego esos criterios para definir si también en las leyes que aprueban el PND existe "unidad" **por la conexión entre objetivos y metas y las normas instrumentales**, de acuerdo con la sentencia C-016 de 2016, ya referida. Según esta sentencia, la unidad puede cumplirse por una **conexidad temática, causal, teleológica, metodológica y sistemática**.

Aunque algunas veces la Corte adoptó criterios muy laxos para analizar la conexión que requiere el cumplimiento de la regla de unidad de materia en las leyes comunes y en las de PND (C-363 de 2012, ponente Vargas), las sentencias más recientes adoptan un criterio estricto sobre el asunto. Por eso, para analizar la unidad de materia entre el artículo 298 y sus respectivas Bases (objetivos, metas, inversiones) del Plan, esta demanda se apoya ante todo en las sentencias C-305 de 2004, C-376 de 2008, C-16 de 2016 y C-092 de 2018.

En todo caso, es importante destacar que aún si una norma "instrumental" del PND – como el artículo 298 aquí demandado – cumple con el principio de "unidad de materia", ello no basta para sostener que está conforme con la Constitución. Por el contrario, además de cumplir el requisito de "unidad de materia", tanto el trámite como el contenido de los diversos artículos del PND deben satisfacer los demás requisitos constitucionales, como el principio de "consecutividad" y no afectar la "libre competencia".

2. El análisis concreto de la "unidad de materia" del artículo 298 del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022

Salvo en lo que diremos adelante, en relación con el "VIII-Pacto por la calidad y eficiencia de servicios públicos: agua y energía...", programa "A-Energía que transforma:

hacia un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo”, aparece un Objetivo 2 (“Promoción de la competencia y del desarrollo de negocios descentralizados”) (página 678) las Bases no se refieren a la posibilidad de que **la ley misma** (no la CREG) hiciera cambios en las reglas sobre integraciones en el sector eléctrico.

El artículo 298 del PND, en sus dos primeros incisos, sustituye por completo el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 y elimina una restricción establecida originalmente en éste con respecto a la posibilidad de “integración vertical” entre empresas que desarrollan diferentes actividades en el sector de energía eléctrica. Consideramos que dicho artículo **es inconstitucional porque su contenido no tiene conexión directa e inmediata con los objetivos del PND sobre la prestación eficiente de los servicios públicos.**

Como mostraremos a continuación, no hay nada en las Bases y los Pactos que hacen parte del PND que se refiera en forma directa e inmediata, **por ley**, a la “integración vertical” entre empresas del sector energético.

El PND incluye, con el número VIII, un “Pacto por la calidad y eficiencia de los servicios públicos domiciliarios: agua y energía para promover la competitividad y el bienestar de todos”, con detalles a partir de la página 671 del documento de Bases. Otros “Pactos”, a lo largo del documento, coinciden con algunos de los objetivos del primero.

Según el artículo 3 de la Ley del PND, el “Pacto por la calidad y eficiencia...” incluye objetivos de política pública. En la página 15 del documento que explica las Bases del PND se enuncia el objetivo de tener un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo. En la página 44 se observa que ese “Pacto por la calidad y eficiencia...” incluye 4 programas relacionados con energía, entre los cuales aparece uno denominado “Consolidación productiva del sector de energía eléctrica”. La “Consolidación productiva del sector de energía eléctrica” se relaciona, en las metas del “Pacto por la calidad y eficiencia...”, con los “indicadores de producto”, con el aumento de los usuarios beneficiados con programas de eficiencia energética” (Pág. 683). **No se observa alusión alguna a la autorización legal general para la “integración” de las empresas prestadoras.**

En relación con otros Pactos, que se coordinan con el “Pacto por la calidad y eficiencia...” en la página 1388 del documento de Bases se observan los “Indicadores de resultados” (relacionados con las interrupciones del servicio eléctrico), y los “Indicadores de producto” (relacionados con el número de usuarios de los servicios), con “Nuevos usuarios con servicio de energía eléctrica en municipios PDET” (Pág. 1412), y con la “Nueva infraestructura energética para comercio internacional” (Págs. 728 y 730). **Tampoco se observa alusión alguna a una autorización legal general a la “integración” de las empresas prestadoras.**

De hecho, las únicas veces en la que se encuentra la raíz “integra” en este documento, fue en relación con la necesidad de integrar la información del sector de agua potable y saneamiento básico, en la página 693; o en una bibliografía sobre el sector de acueducto (Pág. 699); o a propósito de la integración de la economía naranja en los mercados internacionales (ej: Pág. 735); integración regional y de tratamientos de rehabilitación de regiones y para víctimas (ej: Págs. 803 y 1178); integración de comunidades negras (Pág. 957); integración para equidad de género (Pág. 1032). Pudo observarse que las Bases usan (y abusan) de la palabra “integral” y de las relacionadas con ella. **Pero la palabra “integración” respecto del sector eléctrico, solo aparece una vez, para referirse a la integración de energías renovables no convencionales.**

En la Introducción al “Pacto por la calidad y eficiencia...” se hacen numerosas referencias al propósito de **augmentar la competencia** en el sector; y se enuncia el

propósito de "llegar a un nuevo sistema con apertura a esquemas de contratación de largo plazo, con mayores niveles de competencia de tal manera que se facilite la introducción de nuevas tecnologías, con tarifas eficientes..." (Pág. 673). **No se menciona para nada, como un propósito, la integración entre empresas del sector.**

3. El artículo 298 se opone en forma directa a una previsión de las Bases del Plan.

Dentro del "VIII-Pacto por la calidad y eficiencia de servicios públicos: agua y energía...", programa "A-Energía que transforma: hacia un sector energético más innovador, competitivo, limpio y equitativo", aparece un Objetivo 2 ("Promoción de la competencia y del desarrollo de negocios descentralizados") en cuya explicación, en la página 678, las Bases indican:

Así mismo, la CREG revisará las condiciones de integración vertical, horizontal y demás relaciones entre los agentes de los diferentes sectores de energéticos que puedan incidir en la promoción de la competencia, causar opacidad en las transacciones del mercado y barreras para el acceso a la infraestructura o el suministro. Como resultado de este ejercicio la CREG podrá hacer uso de sus facultades establecidas en el artículo 73.13. de la Ley 142 de 1994. (Las subrayas son añadidas).

A su vez, el numeral 73.13 de la Ley 142 incluye entre las facultades de las comisiones de regulación, la siguiente:

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

De modo que en el Objetivo 2, de esta parte del Pacto VIII, lo que se encomendaba a la CREG era revisar las condiciones de integración en el sector para obtener un **resultado: ordenar, o no, la escisión de empresas.** No se encomendó a la CREG revisar las condiciones de integración para obtener, como resultado, aumentar la posibilidad de que empresas que participan en diversas actividades se integren en forma vertical. Resulta, por lo tanto, contrario al artículo 158 de la Constitución.

4. Síntesis

Resulta evidente entonces que el contenido del artículo 298 del PND no guarda relación con las Bases del PND. Por lo tanto, concluimos que el artículo 298 del PND **no desarrolla los objetivos del PND y, de hecho, los contradice.**

Este artículo no cumple, por lo tanto, con el requisito constitucional de "unidad de materia", impuesto por el artículo 158 de la Constitución, en la forma en que lo ha desarrollado la jurisprudencia. Por lo tanto, debe ser declarado inexecutable, como solicitamos, con todo respeto.

VII. CARGO TERCERO: VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE "PREVENCIÓN" PARA PROTEGER EL DERECHO A LA COMPETENCIA Y, EN PARTICULAR, CONTRA ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE".

El artículo 298 del PND es inconstitucional porque, en vez de proteger el derecho a la competencia de los usuarios de servicios públicos **evitando** las integraciones empresariales cuando puedan afectar la competencia en el sector eléctrico y, sobre todo cuando puedan llegar al abuso de posición dominante, pues autoriza las integraciones verticales de modo previo, general e incondicional y se limita a establecer **controles** a las integraciones cuando sean un hecho cumplido. Viola, de ese modo, el artículo 2 y los incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 333, y el artículo 365 de la Constitución, cuyo textos "ciertos", se observan en seguida:

ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;** defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, **y demás derechos y libertades**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Negrillas añadidas).

ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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.

La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá

indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas de ejercicio de una actividad lícita.

1. En la Constitución y la jurisprudencia constitucional es "cierto" que "la iniciativa privada" se puede limitar cuando es necesario para proteger el derecho a la libre competencia, porque éste es un "derecho de todos", y su protección es, por lo tanto, parte del "bien común".

El artículo 333 de la Constitución protege dos derechos relacionados, pero distintos. El primero de ellos "derecho a la libertad de iniciativa privada o a la libertad económica", está limitado por "el bien común", y, en particular, por "el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Es un derecho que se confiere a cada persona, y que ninguna otra puede impedir o estorbar sin permiso de la ley, y que no puede ejercerse contra el "bien común". Es un derecho genérico, de amplísimo contenido, que admite muchos desarrollos.

El mismo artículo 333, tanto en el inciso primero como en el inciso quinto, advierten que la libertad de empresa tiene límites. Así lo reitera el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución cuando advierte que la "libertad de empresa" tiene límites en la "intervención del Estado", a la cual se refiere el artículo 334 de la Constitución.

El derecho a la "libre competencia económica" es un derecho relacionado con el anterior, pero distinto. Es un derecho que se ejerce en desarrollo de la iniciativa privada y de la libertad de empresa. Por eso mismo está sujeto a límites, como lo está siempre el derecho a la iniciativa privada. Pero es un derecho a iniciativas privadas que se concretan en una cierta conducta, en una conducta en condiciones de "rivalidad", para conseguir en un mercado un resultado que no puede ser compartido con otros. Cuando la Constitución declara que existe un derecho a la "libre competencia económica", alude a que debe ser libre, dentro de los límites del "bien común", esto es dentro de límites impuestos por las autoridades y de conductas particulares que lo obstaculicen en la práctica, aunque no hayan sido prohibidas en forma previa (Sentencia C-398 de 1995, ponente Hernández).

El derecho a la libre competencia tiene una dimensión adicional. **No es solo un derecho de quienes deseen desarrollar la iniciativa privada y la libertad de empresa.** En efecto, según el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución es un "**derecho de todos**". Esto significa que es parte del "**bien común**": si es un "derecho de todos" no es un "**bien particular**", como el "derecho de propiedad", que permita excluir a otros de su goce. No es solo un derecho de quienes quieran competir. Sino que, además, es un derecho de cada persona a adquirir bienes y servicios en mercados en los que haya competencia. Es decir, incluye el derecho a beneficiarse de la competencia entre los competidores. Cualquier cosa que impida al común de las personas participar en mercados competitivos, es una limitación al derecho a la libre competencia.

En la sentencia C-616 de 2001, cuyo ponente fue Escobar Gil, la Corte Constitucional definió la competencia en los siguientes términos:

La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, **de igualdad de condiciones**, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita. (Negrillas añadidas).

Y, en la misma providencia, la Corte señaló los siguientes elementos que hacen parte del "núcleo esencial" de dicho derecho:

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa, pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada. (Énfasis ajeno al original).

Más adelante, en la sentencia C-228 de 2010, del a cual fue ponente el magistrado Vargas Silva, la Corte se refirió al "núcleo esencial" del derecho a la libre competencia

8. El segundo contenido específico de la libertad económica es la garantía de la libre competencia económica. En criterio de la jurisprudencia analizada, existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de **igualdad de condiciones**, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas. (Negritas añadidas, referencias omitidas)

La sentencia C-032 de 2017, cuyo ponente fue Ríos y que se refiere de manera explícita a la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (la piedra angular del régimen general de la libre competencia), la Corte reitera la tesis de la sentencia C-616 de 2001.

Para efectos de esta demanda, queremos resaltar cómo en las sentencias C-616 de 2001 como en la C-228 de 2010 se insiste en que **el núcleo** del derecho a la libre competencia consiste en **la "igualdad de condiciones" y en la "ausencia de obstáculos"**, esto es, en que quienes deseen competir no encuentren **barreras injustificadas**.

Según la jurisprudencia, entonces, el derecho a la libre competencia tiene límites, de hecho, cuando en los mercados haya "desigualdad de condiciones" u "obstáculos o barreras injustificadas". Lo que significa, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución, que el deber de las autoridades para preservar **la efectividad** del derecho a la libre competencia consiste en **proteger la igualdad** en el mercado y en **eliminar los obstáculos o barreras**, aunque ello implique un límite a la iniciativa privada. Si la preservación de la igualdad o la eliminación de las barreras a la competencia implica restringir derechos amparados por la ley anterior, las autoridades deberán indemnizar a

los titulares de esos derechos (Artículo 58 de la Constitución, y artículo 18 de la Ley 153 de 1887).

Los obstáculos y las barreras injustificadas a las que aluden las sentencias de la Corte pueden venir, por supuesto, **de las autoridades**, y en tal caso, si son injustificadas, son inconstitucionales. Pero pueden venir también de los particulares que ejercen la iniciativa privada, aunque el propósito de las conductas que dieron origen a tales barreras u obstáculos no haya sido limitar la competencia. El derecho a la libre competencia no es un derecho dirigido siempre contra propósitos anticompetitivos; la Constitución no lo dice así. Del texto incondicional que usa la Constitución se desprende que es también un derecho a una situación, a un estado de cosas en el que la competencia sea posible.

Las "integraciones empresariales", por definición, reducen el número de participantes en un mercado, de modo que, de alguna manera, limitan el derecho de los usuarios de los bienes y servicios que se ofrecen en ese mercado a encontrar un número amplio de competidores. Facilitan la creación de "desigualdades" en el mercado, frente a competidores que no están integrados. Además, de hecho, las integraciones facilitan la aparición de uno de los obstáculos y barreras a la competencia que puede venir de quienes, por obra de las circunstancias o por un propósito deliberado, lleguen a tener una "**posición dominante**" en un mercado, esto es, según declara el numeral 5 del decreto 2153 de 1992: "La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

La definición legal implica que quien tiene "posición dominante" en un mercado tiene una **posición desigual** frente a otros participantes en el mercado. De esa manera, la simple existencia de esa **posición desigual** implica un **obstáculo** a la competencia.

La existencia de "posición dominante" en un mercado -que puede provenir, aunque no necesariamente, de una "integración empresarial"- es, entonces, según se desprende de la jurisprudencia constitucional y de la definición legal, no solo el aviso de que falta el requisito de **igualdad** en el mercado, sino de que, quizás por eso mismo, hay un obstáculo o barrera a la participación de otras personas en ese mismo mercado. Esto es, hay una situación adversa al núcleo del "derecho a la libre competencia". Y por lo tanto es justificado que la autoridad imponga límites, acordes con el "bien común" a la iniciativa privada que a través de las "integraciones empresariales" o de otra manera, tenga el propósito de crear "posición dominante", o a la iniciativa privada que tienda a perpetuarla si ya existe.

Si la ley no crea las condiciones para evitar que las "integraciones empresariales", por sí mismas o por cuanto lleven a las "posiciones dominantes", lesionen el derecho de las personas a beneficiarse de la libre competencia, violan la Constitución. Y ésta la razón por la cual se sostiene en este cargo que el artículo 298 de la Ley del PND viola los artículos 2, y los incisos primero y quinto del artículo 333 de la Constitución. Otros aspectos de la violación de normas constitucionales se expondrán adelante en este mismo cargo.

Cuáles sean los límites que las autoridades impongan a la "posición dominante", y cuándo, y por qué tales límites y no otros, es asunto que examinaremos en seguida.

2. En el derecho de competencia y de servicios públicos colombianos, las "integraciones verticales" se consideran inconvenientes, por regla general.

Según el texto "cierto" del artículo 298 de la PND,

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

El artículo 298 autoriza, pues, "ciertamente", a las empresas que prestan el servicio de energía eléctrica, "integrar" actividades de generación, distribución, y comercialización de energía.

La integración que autoriza el artículo 298 de la Ley del PND es lo que se denomina una "integración vertical", y que la Superintendencia de Industria y Comercio ha definido así: (Anexo 2)

14. Integración vertical: Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que participan en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

Ahora bien, como pasamos a demostrar, y sin que el fundamento de esta demanda sea una oposición entre normas legales, el artículo 298 del PND se aparta del contexto general del derecho de la competencia colombiano. En este contexto, las "integraciones empresariales" y en particular las "integraciones verticales" como la que autoriza el artículo 298, han sido vistas como amenazas o restricciones a la competencia. Así se advierte ya en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, relativa a todos los servicios públicos domiciliarios y no solo al de energía, cuyo texto dice:

Objeto. La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa.

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos; o en las que tengan como objeto principal la prestación de un servicio o la provisión de un bien indispensable para cumplir su objeto, si no hay ya una amplia oferta de este bien o servicio en el mercado. Podrán también asociarse, en desarrollo de su objeto, con personas nacionales o extranjeras, o formar consorcios con ellas.

Y aunque no lo diga en forma expresa, el artículo 298 deroga la prohibición de integración que contenía el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, para fechas posteriores al 12 de julio de 1994, y según el cual,

ARTÍCULO 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

No es claro, sin embargo, que haya derogado el Parágrafo del artículo 7 de la Ley 143, según el cual,

PARÁGRAFO. La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

Y por eso, también, la ley 1340 adopta una actitud de prevención frente a las integraciones empresariales, desvirtuable de modo excepcional, de modo que su artículo 12 :

Artículo 12. Excepción de Eficiencia. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

Parágrafo 1º. Cuandoquiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

Parágrafo 2º. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados.

3. Las "integraciones verticales", la pérdida de beneficios para los usuarios y las eventuales ganancias de "eficiencia".

¿Por qué manifiesta el derecho colombiano, y en particular el relacionado con los servicios públicos, esa hostilidad hacia las integraciones empresariales? ¿Y por qué la prohibición que aparecía en el artículo 74 de la Ley 143, derogado parcialmente por el artículo 298 de la Ley del PND? Para responder estas preguntas es útil tener en cuenta cuál es la estructura legal **de la oferta** en el sector eléctrico colombiano. Esta estructura se compone, por lo menos, de tres grandes tipos de empresas: unas que generan

electricidad, otras que la comercializan, y otras que la distribuyen a los usuarios finales. Hay también, por el lado **de la oferta**, empresas de transmisión y de interconexión.

En las leyes 142 y 143 de 1994 puede advertirse que cada uno de estos tres grandes tipos de empresas (generadores, comercializadores, distribuidores) realiza **actividades homogéneas, especializadas**. Y, desde la teoría económica básica, para dar al usuario los mayores beneficios de la competencia importa que cada generadora compita con las demás, para ver cuál puede generar electricidad en la forma más barata; que cada comercializador compita con los demás, para ver cuál puede prestar en forma más barata el servicio de adquirir energía para revender; y que cada distribuidor compita con los demás para ver cuál puede adquirir energía en forma más barata, y llevarlo hasta el domicilio del usuario final, facturarle y cobrarle.

En la teoría económica básica, en la medida en la que las empresas puedan integrarse, es posible que disfracen ineficiencias en una de las actividades que desarrollan, para compensarlas con eficiencias que logren en la otra. Dentro de las "integraciones", el costo de la energía que finalmente llega al usuario **no es el más bajo con el que puede desarrollarse cada una de las tres actividades**, sino, acaso, un **promedio de costos de las empresas integradas**. Las empresas que compiten en forma independiente tienen por este motivo una desventaja, en principio, con las que logran algún tipo de integración. Y, mientras más actividades se integren en una sola empresa, es más probable que se pierdan para el usuario las ventajas de la competencia en cada actividad. Y que, en vez de llegar al usuario un costo que refleje los más bajos en cada actividad, solo le llegue un costo que refleje promedios.

De otra parte, también es posible que, gracias a las "economías de escala" o de "aglomeración", las empresas integradas logren reducir costos en asuntos tales como adquisición de software, de equipos, de información, y de personal. Es un hecho reconocido en la literatura, y en la ley 142, que existe la posibilidad de que las integraciones aumenten la eficiencia en el sector.

En la literatura económica se considera que las integraciones verticales pueden producir efectos favorables para la economía en cuanto reducen los costos de transacción en los que una empresa incurre al adquirir por fuera de ella bienes o servicios que ella misma podría producir si estuviera integrada, y en cuanto pueden facilitar economías técnicas e, inclusive, eliminar uno de varios monopolios⁵.

Y, como es sabido, el artículo 365 de la Constitución considera que la prestación de los servicios públicos, como inherentes a la "finalidad social del Estado", debe ser **eficiente**.

Por todo eso el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 142, dice:

Las comisiones de regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

Y por eso, también, el artículo 12 de la ley 1340 contiene una **excepción** según la cual:

⁵ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington Jr., Economics of Regulation and Antitrust (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1995), 225-229.

Artículo 12. **Excepción de Eficiencia.** Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

4. Las "integraciones verticales" y la desaparición de competidores.

En todo caso, **por definición**, las "integraciones" implican que salen del mercado, o dejan de crearse en el mercado, empresas que podrían estar compitiendo; y en el caso del sector eléctrico colombiano, las "integraciones" implican que salen del mercado o dejan de crearse en el mercado, empresas cuyo objeto coincide con alguna de las tres actividades típicas que contribuyen a la formación de la oferta de electricidad para los usuarios.

Ya la Corte Constitucional ha tomado noticia de este aspecto, eventualmente problemático, que ocasionan las integraciones, cuando, en la sentencia C-032 de 2017 (ponente Ríos) señaló que, para la creación de un mercado competitivo el régimen de competencia propicia

"...la participación de **pluralidad de oferentes** -controlando, por ejemplo, las **integraciones empresariales** o impidiendo el abuso de la posición dominante cuando ella tenga por objeto la eliminación de los competidores-...."

El efecto final de las integraciones, en cuanto a la **pluralidad de oferentes** y los beneficios de la competencia, dependerá, naturalmente, de la importancia que tenía, o que habría podido tener en el mercado, la empresa que se integra a otra, o que podría haber llegado al mercado. Pero, en principio, la reducción del número de competidores no es indiferente para la efectividad del derecho a la competencia.

5. La "posición dominante" implica siempre un riesgo para la libre competencia.

Por la vía de la desaparición de competidores reales o potenciales, que es, **por definición**, un resultado de las "integraciones empresariales", se puede llegar, según la "regla de experiencia" a que una empresa adquiera "posición dominante" en un mercado. El numeral 5 del decreto 2153 de 1992 define la "posición dominante" como:

La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

De acuerdo con esta definición legal, la "posición dominante" **siempre** crea la **posibilidad** de eliminar la competencia en un mercado. Ello no significa que, **necesariamente**, la "posición dominante" termine con la competencia, pero siempre crea **el riesgo** de que termine con la competencia. Esto es, siempre crea **el riesgo** de que afecte **el núcleo** mismo del "derecho a la libre competencia" que es un derecho de todos....**Un riesgo de la mayor importancia desde el punto de vista constitucional**

pues, aunque no se trate de un derecho fundamental, el derecho a la competencia es un derecho que consagra la Constitución.

Ahora bien: según el artículo 18 de la Ley 142 y el artículo 12 de la Ley ese **riesgo** se puede tolerar, porque la desigualdad entre competidores, aunque opuesta al derecho a la competencia, puede ser útil para promover otros valores constitucionales, como, por ejemplo, la "**eficiencia**" en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, según proclama el artículo 365 de la Constitución.

Lo que no se podría **nunca**, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 333 de la Constitución, ni siquiera en obsequio a las ganancias de "eficiencia", sería permitir que la "posición dominante" de una empresa destruyera el **núcleo** mismo del derecho a la libre competencia. Porque aunque los derechos constitucionales económicos no son absolutos, es deber de las autoridades garantizar, al menos, su "**núcleo**". Esto es esencial al concepto de "Estado social de Derecho".

6. El mandato "cierto" de la Constitución en cuanto a la competencia y la "posición dominante".

La integración vertical puede terminar o limitar la oferta de las empresas en cualquiera de las etapas productivas, sobre todo si una de las firmas integradas tiene gran "poder de mercado" en una de tales etapas; puede crear "barreras de entrada" a un sector; y crea la posibilidad de que haya más conductas colusivas con otros "competidores"⁶. Estos **riesgos** existen por razones puramente económicas, y no, necesariamente, porque los empresarios hayan decidido tomar decisiones ilegales.

De particular interés en nuestro caso es el análisis de Alfred E. Kahn, un economista cuya obra tuvo gran incidencia en el diseño de los aspectos económicos de la Ley 142. Él, aunque en general considera que las integraciones verticales tienen neutrales o buenos efectos sobre la economía, es muy enfático en señalar que cuando las empresas que se integran operan en el sector de los servicios públicos y operan bajo regulación, la integración vertical puede aumentar el poder monopolístico que exista y reducir la eficiencia en el mercado. Él añade que existe la posibilidad de que las empresas integradas puedan aumentar sus utilidades más allá de lo que permite la regulación normalmente, porque permite a las empresas integradas pedir a los reguladores que al fijar sus tarifas tengan en cuenta la suma de las inversiones que las empresas hacen en las varias actividades integradas; y porque la integración cierra la posibilidad de que otras empresas entren a competir⁷ (Anexo 1). Este último fenómeno sería similar al de una "negativa para contratar". Desde esta perspectiva, entonces, las integraciones verticales no favorecerían la competencia ni la eficiencia. Como se observa, aunque las integraciones empresariales **siempre crean riesgos** para el derecho de la competencia, no se puede afirmar que siempre esos riesgos se concreten, o que no se justifiquen por ganancias de eficiencia.

En el campo específico de los servicios públicos en el derecho colombiano de la competencia, el efecto de "aumento de utilidades" al que se refiere Kahn, en cuanto éstas puedan venir de las tarifas que cobran las empresas, tiene particular relevancia, porque la ley dispone que tales tarifas deberían ser similares a las que tendrían lugar en condiciones de competencia. Así, el artículo 44 de la Ley 143 dispone:

⁶ Robert F. Bruner, Applied Mergers & Acquisitions (Hoboken N.J.: John Wiley & Sons, 2004), p. 752

⁷ Alfred E. Kahn, The Economics of Regulation. Principles and Institutions (U.S.A.: MIT, 1988), pp. 256 II-264 II.

ARTÍCULO 44. El régimen tarifario para usuarios finales regulados de una misma empresa estará orientado por los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, neutralidad, solidaridad y redistribución del ingreso, simplicidad y transparencia.

Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo, garantizándose una asignación eficiente de recursos en la economía, manteniendo a la vez el principio de solidaridad y redistribución del ingreso mediante la estratificación de las tarifas. (Subrayas añadidas)

Y, a su vez, el numeral 87.1 de la Ley 142 dice:

ARTÍCULO 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

87.1. Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste. (Subrayas añadidas)

Por regla de experiencia, de hecho, las integraciones empresariales facilitan que, por aumentos en la eficiencia, o por factores como financiamiento, acceso a tecnología, ubicación, y arbitraje regulatorio, las empresas adquieran una **posición dominante** en su mercado, y existe **el riesgo** de que lleguen a **abusar de su posición dominante**.

El inciso quinto del artículo 333 de la Constitución dice:

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.

Con base en ese texto constitucional, podemos afirmar que él implica, de modo "cierto":

a.-Que, en términos constitucionales, no existe ni una prohibición ni una autorización para tener o adquirir "posición dominante" en el mercado nacional.

b.-Que es un **deber de la ley evitar o controlar** cualquier **abuso** que personas o empresas hagan de su **posición dominante** en el mercado nacional.

c.-Que "**evitar**" el **abuso** de la posición dominante, no es lo mismo que "**controlarlo**".

Decimos que es un **deber de la ley evitar o controlar** el riesgo de abuso de la "posición dominante" porque la Constitución usa los verbos en una forma imperativa: "**evitará**"; "**controlará**". La Constitución, en este asunto, no se limita a conferir facultades: **imparte órdenes**.

Se **"controlan"** los riesgos que existen, esto es, las "posiciones dominantes" que por alguna razón -y hay muchas posibles- ya están presentes en un mercado. Y se **"evitan"** los riesgos que **aún** no existen, tales como las "posiciones dominantes" que **aún** no obran en algún mercado.

La ley, entonces, **no puede ser indiferente ante el riesgo de que se abuse de la "posición dominante"**. Pero **debe** crear condiciones para **evitar** el riesgo de que se **abuse** de ella, y de que se elimine el núcleo mismo del derecho a la libre competencia. Y, con mayor razón, **debe** crear condiciones para **controlar** ese riesgo, si ya está creado porque alguien adquirió ya "posición dominante" en un mercado.

7. Conclusión: Las razones por las cuales el artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional.

Tal como explicamos arriba, con base en el texto y en la jurisprudencia constitucional, **la ley no puede ser indiferente ante el riesgo de que se afecte el núcleo de la competencia y se abuse de la "posición dominante"**.

Ya explicamos, arriba, que en el contexto de la teoría económica, y de la jurisprudencia y la legislación colombiana, las integraciones empresariales, a las cuales pertenecen las "integraciones verticales", siempre implican **un riesgo** para la libre competencia. Porque, ante todo, por definición, reducen el número de participantes reales o eventuales en un mercado. Y porque esto, a su vez, facilita la creación de "posiciones dominantes" en los mercados. Y porque éstas, según la definición del numeral 5 del decreto 2153 de 1992, siempre crean **el riesgo** de que los resultados del mercado no sean determinados por la participación de **varios** competidores sino de **uno solo**. Esto es, las "posiciones dominantes" crean **el riesgo** de que los mercados no operen en condiciones de libre competencia. Una de las formas de **"abuso"** de posición dominante puede consistir, entonces, en que, deliberadamente, se use la "posición dominante" para conseguir que sea el dominador quien tome las decisiones en el mercado, excluyendo, en la práctica, otros competidores.

Así las cosas, es necesario, entonces, mirar de nuevo el texto del artículo 298 de la Ley PND, contra el cual se dirige esta demanda. Su texto "cierto" dice, en el primer inciso:

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada. Esta disposición aplicará también para las empresas que tengan el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control en los términos del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen.

El significado "cierto" de ese texto puede expresarse también, a partir de su texto pero atendiendo más al concepto que en éste se expresa, de la siguiente manera:

a.-**Todas** las empresas del sector eléctrico, no importa la época de su constitución, **podrán** desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

b.-**Todas** las empresas que tengan como objeto prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional, y que tengan el mismo controlante, o entre las cuales exista situación de control en los términos

del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, o las normas que las modifiquen o adicionen, podrán desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía de manera integrada.

Estas normas, pues, otorgan una facultad, **no condicional**, de "integración vertical" **a todas** las empresas del sector eléctrico.

Después de otorgar esa **facultad, no condicional**, el artículo 298 de la Ley PND añade:

La Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá la regulación diferencial que fuere pertinente para la promoción de la competencia y la mitigación de los conflictos de interés en los casos de que trata el presente artículo y en los casos en que la integración existiere previamente a la expedición de la presente Ley.

PARÁGRAFO PRIMERO. La Comisión de Regulación de Energía y Gas deberá adoptar medidas para la adecuada implementación de lo dispuesto en el presente artículo, en relación con la concurrencia de actividades de comercialización, generación y distribución en una misma empresa o en empresas con el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control, incluyendo posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante y las demás condiciones que busquen proteger a los usuarios finales.

De nuevo, el significado "cierto" de ese inciso segundo y del Parágrafo puede expresarse también, a partir de su texto pero atendiendo más al concepto que en éste se expresa, de la siguiente manera:

Cuando de hecho exista ya, o cuando se prevea que puede existir, una "integración vertical", en cualquiera de las dos hipótesis previstas en el inciso primero del artículo 298, la CREG debe establecer una regulación diferencial para la "promoción de la competencia", incluyendo posibles "conflictos de interés", conductas anticompetitivas y abusos de posición dominante, así como proteger a los usuarios finales.

En otras palabras, la CREG, que es una autoridad administrativa, puede adoptar medidas regulatorias cuando la integración, autorizada **por la ley misma y por vía general** en el primer inciso del artículo 298, haya tenido lugar. Pero el artículo no confiere a la CREG la facultad de **prohibir** una integración antes de que ocurra; solo puede imponerle regulaciones procompetencia y contra los efectos de los conflictos de interés **una vez ella haya tenido lugar**.

Esto, de suyo, y aún sin tener en cuenta el inciso quinto del artículo 333 de la Constitución, implica **desproteger** el derecho a la competencia de los usuarios del servicio público de electricidad, y omitir el deber de limitar, por ser contrario al "bien común" (la competencia es parte del bien común, porque es un derecho de "todos") una actividad que **pone en riesgo el núcleo** de ese derecho.

Es probable que pueda interpretarse el artículo 298 de la Ley PND como una **derogación de la facultad que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para negar las autorizaciones de integración empresarial que reciba**, cuando ellas se refieran a empresas del sector eléctrico.

Es así como, a pesar de los eventuales efectos anticompetitivos y de ineficiencia que las leyes colombianas y los economistas atribuyen, con base en experiencias y análisis teóricos, a las "integraciones verticales", el inciso segundo del artículo 298 ordena a la CREG adoptar medidas de **control** sobre situaciones que ya sean hechos cumplidos por

virtud autorizaciones **incondicionales** ya previstas en el inciso primero del artículo 298 de la Ley del PND. Se trata, pues, de una autorización para el control regulatorio posterior de las integraciones, más que para la "**prevención**" de los efectos nocivos que puedan ocasionar.

Así las cosas, la facultad que se otorga a la CREG no es la de impedir o deshacer la "integración vertical" cuando ella, por ejemplo, ocasione o pueda ocasionar una "posición dominante" sino, simplemente, establecer regulaciones para cuando la "integración vertical" haya tenido lugar, o para cuando "la posición dominante" se haya creado. Y, por este motivo, el artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional.

De acuerdo con el mandato del inciso primero, del inciso segundo y del inciso quinto del artículo 333 constitucional, el artículo 298 de la Ley del PND tendría que haber adoptado, para ser constitucional, una actitud "**preventiva**" frente a las integraciones empresariales, no solo por el riesgo de que ellas afecten el "bien común" del derecho a la competencia, sino porque el inciso quinto del artículo 333 constitucional obliga al legislador **a evitar**, no solo solo a **controlar**, abusos de posición dominante, lo que, por supuesto, debería incluir, ante todo, la posibilidad de **evitar** que se crearan "posiciones dominantes" si, **dentro de las circunstancias**, el riesgo de que pudiera abusarse de ellas no pareciera controlable de forma efectiva. Si, dentro de las circunstancias, el riesgo de abuso de posiciones dominantes no pareciera controlable, no debería permitirse la creación de tales "posiciones dominantes", ni de las integraciones que las faciliten. Así, la posibilidad de abuso desaparecería, y no sería necesario acudir a acciones **correctivas** cuando los abusos se hubieran presentado. Con base en esta consideración puede afirmarse que el artículo 298 del PND es inconstitucional.

El inciso primero y el inciso quinto del artículo 333 obligan a las autoridades, por mandato de la ley, a limitar el derecho a la libertad de empresa y a la iniciativa privada cuando ella pueda poner en peligro el derecho de todos a la competencia; y el inciso cuarto lo exige, sobre todo, cuando ella pueda llevar al abuso de la posición dominante. El artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional porque, frente a los riesgos que implican las integraciones empresariales, omite tomar medidas de **prevención**, que **eviten** y no solo **controlen** los riesgos derivados de las integraciones y, sobre todo, de la formación de posiciones dominantes. La ley no permite a la CREG impedir las integraciones en ningún caso, solo controlarlas cuando hayan tenido lugar. Por la autorización **previa, general e incondicional** que da a las integraciones verticales, y que pueden llevar a posiciones dominantes de las cuales se abuse, el artículo 298 de la ley del PND incumple el deber de **evitar** riesgos al derecho de la competencia, y el de **evitar** abusos de posición dominante.

La Constitución, en el caso preciso del inciso cuarto del artículo 333, distingue claramente entre el "control" de los abusos de posición dominante y el "evitarlos". El artículo 298 solo incluyó una facultad para "controlarlos". El deber de "evitarlos" implicaba el deber de impedir la creación de situaciones de "posición dominante" cuando la autoridad observara que el simple "control" podría ser ineficaz para remediar el daño al núcleo del derecho de los usuarios a la competencia.

En general, pues, según estos argumentos, el inciso segundo y el Parágrafo 1 del artículo 298 del PND favorecen la creación legal de un riesgo de afectación de la competencia en el sector eléctrico, pero expresan la confianza de que la CREG, en un nivel inferior de la cadena regulatoria, pueda luego controlar, ante situaciones creadas, los eventuales efectos nocivos de la integración. Este enfoque del artículo 298 del PND es contrario al mandato "preventivo" que contiene el artículo 333 de la Constitución en los incisos primero, cuarto y quinto; contrario a la garantía del derecho a la competencia como derecho "de todos"; contrario al artículo 365 en garantiza la prestación de los servicios

públicos a todos los habitantes, y contrario a las reglas que obligan a las autoridades a hacer efectivos los derechos de las personas.

VIII. CARGO CUARTO: EL ARTÍCULO 298 ES "REGRESIVO" EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE LOS USUARIOS A LA COMPETENCIA Y A QUE EL ESTADO EVITE EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

El artículo 298 del PND es inconstitucional, en todas sus partes, porque, **además** de las razones expuestas en los cargos anteriores, es "regresivo" en la protección del derecho de los usuarios de los servicios públicos a la competencia y a que el Estado, por mandato de la ley, evite el abuso de posición dominante en la prestación de los servicios públicos.

El artículo 298 del PND viola, así, los artículos 2 y 93, y los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 333 de la Constitución, puesto que el derecho de los usuarios públicos a la protección de su derecho a la competencia y a que el Estado, por medio de la ley, evite el abuso de la posición dominante, está amparado por tales normas, y porque ambos derechos entraron a hacer parte del "**bloque de constitucionalidad**" cuando la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996 aprobó el "Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

1. Bases constitucionales del derecho de los usuarios de servicios públicos a la protección del derecho a la competencia y a que el Estado evite por mandato de la ley el abuso de la posición dominante.

Los usuarios de servicios públicos tienen en Colombia derecho a que, por mandato de la ley, el Estado proteja su derecho a la competencia y, en relación con él, evite el abuso de posición dominante en la prestación de tales servicios. Se trata de un derecho social y económico, prestacional, fundado en la Constitución y desarrollado por varias normas legales.

Las bases constitucionales de ese derecho en Colombia son cuatro: los artículos 2 y 365; los incisos primero, segundo, cuarto y quinto del artículo 333; y el artículo 369 de la Constitución, cuyos textos "ciertos" presentamos en seguida:

ARTÍCULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la **finalidad social del Estado**. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita. (Negrillas añadidas).

ARTÍCULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

.....

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.

La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

ARTÍCULO 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio.

Con base en esos textos constitucionales, pero atendiendo más al concepto que en ellos se expresa, es posible afirmar que su significado "cierto" es el siguiente:

a.-El Estado y las autoridades tienen el deber de garantizar a todas las personas residentes en Colombia, la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y el deber de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Por lo tanto, todas esas personas tienen **derecho** de exigir al Estado y a las autoridades el cumplimiento de sus deberes.

b.-Lo atinente a la prestación de los servicios públicos tiene un carácter **social**, pues es inherente a la **finalidad social** del Estado.

c.-El Estado debe **asegurar** que los servicios públicos se presten en forma **eficiente a todos** los habitantes del territorio nacional.

d.-El Estado no siempre debe prestar, por sí mismo, los servicios públicos, pero debe "asegurar" que alguien los preste.

e.-Los usuarios de servicios públicos tienen derecho a que la ley limite la libertad económica, cuando ello sea preciso para proteger el "bien común", el "interés social", y el derecho de todos a la competencia. El derecho de todos

a la competencia es **económico**, porque se refiere a los mercados de bienes y servicios.

f.-Los usuarios tienen derecho a que la ley mande evitar o controlar el abuso de la posición dominante de los prestadores de servicios públicos en el mercado nacional. El abuso de "posición dominante" es una patología económica, porque tiene lugar en los mercados de bienes y servicios.

g.-Los derechos que **la ley** determina en favor de los usuarios de servicios públicos expresan la voluntad de la Constitución de otorgarles derechos **adicionales** a los que se desprenden directamente de ella.

Existe, pues, en la Constitución, un derecho social, prestacional, y económico, de **todas las personas y**, de los usuarios de servicios públicos, a que la ley, para proteger el "bien común" y el "interés social" limite la libertad económica de las personas y empresas, garantice el derecho a la competencia y, en relación con ella, evite el abuso de la posición dominante de quienes prestan los servicios públicos en el mercado nacional.

2. Determinación legal del derecho de los usuarios de servicios públicos a la prevención del abuso de la posición dominante.

Esta demanda, por supuesto, no se funda en la oposición del artículo 298 de la Ley PND con otros textos legales de derecho interno colombiano, como son los de las leyes 142 y 143 de 1994. Pero, para confirmar que el legislador colombiano ha dado a los textos constitucionales trascritos el sentido "cierto" que explicamos arriba, es útil transcribir algunos textos legales, tomados de esas leyes, como haremos en seguida.

En desarrollo del artículo 369 de la Constitución, la Ley 142 de 1994 dice:

Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:

.....

2.5. Prestación eficiente.

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

2.7. Obtención de economías de escala comprobables.

.....

Y en desarrollo del artículo 369 de la Constitución, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 dice:

ARTÍCULO 11. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

11.1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros.

De particular importancia es el numeral 74.1 de la Ley 142, sobre las facultades de las Comisiones de Regulación, que dio lugar, entre otras, a la sentencia C-263 de 2023 (ponente Palacio), y que dice:

ARTÍCULO 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

A su vez, el artículo 3 de la Ley 143 dice:

ARTÍCULO 3o. En relación con el servicio público de electricidad, al Estado le corresponde:

- a) Promover la libre competencia en las actividades del sector;
- b) Impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado;
- c) Regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos;

ARTÍCULO 30. Principios de interpretación. Las normas que esta Ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar; en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política; y que más favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

En particular, el artículo 5 de la Ley 143, que concuerda con los numerales 14.21 y 14.25 el artículo de la ley 142, dice:

ARTÍCULO 5o. La generación, interconexión transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente, por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública.

ARTÍCULO 43. Se considera violatorio de las normas sobre competencia, y constituye abuso de posición dominante en el mercado, cualquier práctica que impida a una empresa o usuario no regulado negociar libremente sus contratos de suministro o cualquier intento de fijar precios mediante acuerdos previos entre vendedores, entre compradores o entre unos y otros. Las empresas no podrán realizar acto o contrato alguno que prive a los usuarios de los beneficios de la competencia.

3. El "Protocolo de San Salvador" y el derecho de los usuarios a la "progresividad" en la protección de la competencia y en evitar el abuso de la posición dominante en la prestación de los servicios públicos.

El "Protocolo de San Salvador" adiciona la Convención americana sobre derechos humanos, en materia de derechos económicos, sociales, y culturales, que se fundan en atributos de la persona humana. El propósito extensivo del Protocolo se advierte en su Preámbulo, y en particular en los siguientes párrafos:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales, y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros...

....

Y,

Recordando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos solo puede realizarse el ideal del ser humano, libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos;....

Los primeros artículos del Protocolo tienen particular interés para efectos de esta demanda. Dicen ellos:

Artículo I
Obligación de adoptar medidas

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2
Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

Artículo 3
Obligación de no discriminación

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 4 No admisión de restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 5 Alcance de las restricciones y limitaciones

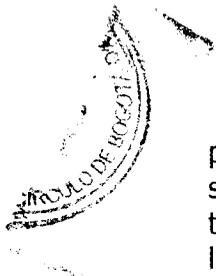
Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Aunque muchos de los derechos que protege el Protocolo tienen un carácter "prestacional", la Corte Constitucional en forma oportuna reconoció que no todos ellos deben tener ese carácter. Dijo la Corte en la sentencia C-251 de la cual fue ponente Martínez Caballero:

De otro lado, conviene tener en cuenta que no es totalmente correcto considerar que todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado, y que todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes estatales de abstención, pues la situación es más compleja. Así, la garantía de los derechos civiles supone en muchos casos deberes de intervención de las autoridades. Por ejemplo, el derecho a la intimidad implica no sólo que el Estado debe respetar mi privacidad sino también que las autoridades deben protegerme contra injerencias de terceros. Igualmente, muchos derechos considerados sociales no implican una prestación sino un deber de respeto de parte de las autoridades, similar al que opera en el campo de los derechos civiles. Así sucede por ejemplo con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el goce de este derecho. En estos eventos, es claro que esos derechos sociales, o ese componente de los derechos sociales, no es de realización progresiva sino de aplicación inmediata.

Finalmente, el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que no pueda haber violación de los mismos, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. En efecto, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional considera que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales, el cual se materializa en los "derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico"⁸.

⁸ Principio de Limburgo No 25



Aunque el Protocolo de San Salvador no se refiere al "derecho a los servicios públicos", ni al derecho a la "competencia" en relación con el "derecho a que se eviten los abusos de posición dominante", es claro que estos derechos, en Colombia, tienen no solo un carácter "social", sino "prestacional" y "económico" pues así lo proclama la Constitución misma, con "certeza". Tiene, pues, sin duda, un carácter económico y social, ya anticipado en el **artículo 4 del Protocolo de San Salvador**, el cual dispone:

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, **a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o reconoce en menor grado.** (Negrillas añadidas)

El "derecho a los servicios públicos", y el "derecho a la competencia" inclusive en su conexión con el derecho a evitar los abusos de posición dominante en los servicios públicos son, entonces, derechos protegidos por el derecho internacional al cual ha adherido Colombia, y en particular por la Ley 319 del 20 de septiembre de 1996, "por medio de la cual se aprueba el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 'Protocolo de San Salvador, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988".

Los derechos que ese Protocolo protege hacen parte del "**bloque de constitucionalidad**", según el artículo 93 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-228 de 2011, ponente Henao).

La Sentencia C-115 de 2017, de la cual fue ponente el Magistrado Linares, reitera jurisprudencia según la cual existe una "**prohibición de regresividad**" en los derechos a los cuales se aplica el Protocolo:

En este sentido, mientras que "El mandato de progresividad prescribe que la eficacia y cobertura de las dimensiones prestacionales de los derechos constitucionales debe ampliarse de manera gradual y de acuerdo con la capacidad económica e institucional del Estado en cada momento histórico", la "(...) **prohibición de regresividad o prohibición de retroceso, se desprende de forma inmediata del mandato de progresividad** y, de manera más amplia, del principio de interdicción de arbitrariedad, propio del Estado de Derecho: si un Estado se compromete en el orden internacional y constitucional a ampliar gradualmente la eficacia de los contenidos prestacionales de los derechos constitucionales, resulta arbitrario que decida retroceder en ese esfuerzo de manera deliberada⁹. (Negrillas añadidas).

Por lo tanto, en la medida en que se establezca, como estableceremos en seguida, que el artículo 298 de la Ley del PND implica una "regresión" en la protección de tales derechos en Colombia, el artículo 298 deberá ser declarado inexecutable.

4. La "regresividad" de los dos primeros incisos y el Parágrafo 1 del artículo 298 de la Ley del PND.

Esta demanda se dirige contra todo el artículo 298 de la Ley del PND; pero, para advertir en éste cargo el carácter regresivo del artículo 298 de la Ley PND, en cuanto a sus dos primeros incisos y a su Parágrafo primero, es útil tener presente la norma que

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-486/16.

sustituye y otra que hace parte de su mismo contexto legal. En primer término, pues, debe contemplarse el artículo 74, derogado por el artículo 298 de la Ley PND, decía:

ARTÍCULO 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

Y, dentro del mismo contexto, el Parágrafo del artículo 7 de la Ley 143, que no ha sido objeto de derogación expresa, dice,

PARÁGRAFO. La actividad de comercialización sólo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan las disposiciones que expida la comisión de regulación de energía y gas.

Como explicamos en el cargo anterior, con base en la teoría económica y en la jurisprudencia, la Constitución y las leyes colombianas suponen que las integraciones empresariales crean el riesgo de lesiones al derecho a la competencia, por la disminución del número real o eventual de competidores y porque facilitan la aparición de "posiciones dominantes" y de su abuso. Ambos fenómenos menoscaban derechos que la Constitución y la ley otorgan a todas las personas y, entre ellas, a los usuarios de servicios públicos. Por estas razones, normas que facilitan las "integraciones verticales" en el sector de servicios públicos -aunque las sometan a controles una vez hechas las integraciones- son "regresivas" frente a normas que las prohibían en forma absoluta.

Respecto del artículo 74 de la Ley 143 cabe observar que, cuando se expidió esta Ley, el Congreso no quiso prohibir en forma **inmediata y general** la integración vertical en el sector eléctrico, pues protegió las que ya existían. No parece que las razones para ello hubiesen sido jurídicas, puesto que, de tiempo atrás, cuando hay razones de "utilidad pública", el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 permite transmutar los "derechos adquiridos", inclusive los relacionados con las condiciones para el ejercicio de una industria, en una indemnización y un término para adaptarse a las nuevas normas legales. El artículo 58 de la Constitución sustentaría esa forma de aplicar el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, esto es, a través de indemnizaciones a quienes tuvieran que renunciar a las "integraciones verticales" ya existentes.

En todo caso, el artículo 74 de la Ley 143 es la razón por la cual, en el mercado eléctrico colombiano, hay empresas integradas, que han consolidado su posición en el mercado, mientras que empresas nuevas han quedado en desigualdad de circunstancias.

¿Cómo restablecer la igualdad? Una posibilidad, la que acoge el artículo 298 de la Ley del PND, consiste en **retroceder** autorizando, por vía general, sin perjuicio de controles posteriores, las "integraciones verticales", lo que hace más probable la concentración empresarial, esto es, la disminución del número de competidores, la formación de "carteles" y de "posiciones dominantes" y de "abusos", en algunas partes del mercado.

La otra alternativa, **progresiva**, era la de **avanzar** hacia la **visión del futuro** que aparecía explícita en el artículo 74 de la Ley 143: esto es, la de un sector eléctrico con un mayor número de competidores, compuesto por más empresas eléctricas con actividades de generación, comercialización y distribución desintegradas, salvo en cuanto a la posibilidad de que las empresas generadoras o distribuidoras asumieran también la actividad de comercialización (Parágrafo del artículo 7 de la ley 143 de 1994).

El sentido de la evolución **progresiva** que planteaba el artículo 74 de la Ley 143 para proteger el derecho de los usuarios de los servicios públicos a la competencia y contra el riesgo de abusos de la posición dominante era el de una prohibición general de las integraciones verticales en el sector, salvo en lo relativo a la posibilidad de combinar la comercialización con las otras actividades. Tal visión podría haberse formulado así, con base en el artículo 74 de la Ley 143:

Las empresas, con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional, no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.

Sin embargo, el artículo 298 optó por la alternativa contraria, **regresiva** desde la perspectiva del derecho de los usuarios de los servicios públicos a la competencia y contra el riesgo de abusos de la posición dominante: esto es, la de dar una autorización general, **sujeta a controles posteriores**. Por ese motivo, el artículo 298 de la Ley del PND es inconstitucional.

5. La inconstitucionalidad del artículo 298 de la Ley del PND, en cuanto a la autorización de integraciones verticales en el servicio público de electricidad.

Dentro del contexto constitucional y legal expuesto atrás, es necesario confrontar los dos primeros incisos y el Parágrafo primero del artículo 298 del PND con los criterios de "progresividad" y "no regresividad" que imponen los artículos 2, 93, 333 y 365 de la Constitución, y los que adopta la Corte Constitucional en sentencias recientes, en particular la C-115 de 2017 cuyo ponente fue Linares.

La Sentencia C-115 de 2017 se inspira, básicamente en el artículo 2 de la Constitución, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el "*Protocolo de San Salvador*", y cuyo Preámbulo y artículo 1, transcritos arriba, se refieren al carácter **progresivo** que debe tener en Colombia y los países miembros la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Es así como el análisis de constitucionalidad del artículo 298 del PND exige un examen como el que sugiere la sentencia C-115 de 2017, arriba reseñada, teniendo en cuenta que el derecho a los servicios públicos es un derecho de todos, que hace parte de la "finalidad social" del Estado; que el derecho a la libertad de empresa es un derecho que admite límites, cuando los requiere el "bien común" o el "interés social"; que el derecho a la libre competencia es un derecho "de todos", progresivo; y que los usuarios de los servicios públicos tienen derecho progresivo a que la ley evite el abuso de las "posiciones dominantes" de las empresas en el mercado.

Para tolerar la constitucionalidad de medidas "regresivas", como el artículo 298 de la Ley del PND, recuerda la Sentencia C-115 de 2017, es necesario comprobar "*imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho*"¹⁰.

Por consiguiente, para determinar la constitucionalidad de una medida regresiva, ésta debe reunir las siguientes características, que componen el juicio de no regresión: es necesario que la medida (i) persiga una finalidad constitucionalmente imperativa; (ii) que el instrumento utilizado para alcanzar ese fin sea ciertamente idóneo; (iii) que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos regresivos para alcanzar ese

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-727/09.

CO DE BOGOTÁ

fin; y (iv) que la medida sea proporcional en sentido estricto, sin afectar, no obstante, el núcleo mínimo del derecho en cuestión. Al enfrentarse a una presunción de inconstitucionalidad, la carga de probar estos elementos recae sobre el Estado¹¹.

Podría argumentarse que facilitar, por regla general, el derecho a la libre empresa, y, como ejercicio de tal derecho, el de hacer "integraciones verticales" en el sector de servicios públicos, no solo es constitucional sino "progresivo" y útil para lograr "eficiencia", desde la perspectiva de los derechos económicos y sociales. Pero tal facilitación no es "constitucionalmente imperativa", puesto que tal derecho, en el inciso primero del artículo 333, está condicionado al "bien común"; y en el inciso quinto está limitado por el "interés social" y el "ambiente". En este sentido, la libertad de empresa no es en sí mismo el único mandato constitucional relevante. La integración vertical de las empresas del sector eléctrico no es, de otra parte, un medio "ciertamente idóneo" para conseguir "eficiencia" en la prestación de los servicios públicos puesto que, como se ha visto, la teoría económica no considera que el aumento de la eficiencia sea el resultado **cierto y necesario de tal integración** (Anexo 1). Tampoco puede afirmarse que no existan otros medios menos regresivos para aumentar la eficiencia en la prestación de los servicios de electricidad, porque puede dejarse en manos de agencias técnicas especializadas la **evaluación previa**, caso por caso, de los efectos de la "integración vertical" sobre la eficiencia, la competencia y la probabilidad de abuso de posiciones dominantes. Y, por esta última razón, no se ve que la integración vertical produzca efectos de "eficiencia" que sean proporcionales a los efectos regresivos que representa sobre las medidas de protección de la "competencia" y prevención del "abuso de posición dominante" que contenía el artículo 74 original de la Ley 143.

En síntesis: el artículo 298 de la Ley del PND, en sus dos primeros incisos y en su Parágrafo primero, es inconstitucional, por la regulación regresiva que adopta en cuanto a la protección de derechos sociales y económicos, según se acaba de explicar. Y, en general, el artículo 298 de la Ley del PND viola los incisos primero y quinto del artículo 333 de la Constitución, porque, al permitir de modo general -solo con controles posteriores- las "integraciones verticales" no tiene en cuenta la necesidad de imponer límites a la libertad de empresa cuanto ella puede lesionar los derechos de los usuarios a la competencia y a la prevención de posiciones dominantes en el sector de servicios públicos. Y viola el inciso segundo de tal artículo, y el inciso cuarto del mismo, porque -a través de la autorización general a las "integraciones verticales", sujetas solo a controles posteriores- deja sin protección adecuada el derecho a la competencia y a la prevención de los abusos de posición dominante, en el sector de los servicios públicos, donde tales derechos gozan de protección especial. Viola el artículo 2 de la Constitución, porque los usuarios de servicios públicos tenían derecho a que la Ley buscara instrumentos idóneos para proteger su derecho a la competencia y a la prevención de abusos en posiciones dominantes, cumpliendo, además, los compromisos del Protocolo de San Salvador, en vez de dejarlos desprotegidos y confiados solo a la bondad de controles posteriores, que pueden remediar, pero no evitar, la lesión de tales derechos.

6. La inconstitucionalidad del Parágrafo segundo del artículo 298 de la Ley del PND, en cuanto a la "regresividad" en la posibilidad de que empresas integradas concentren sus ventas en los mercados.

Finalmente, el Parágrafo segundo del artículo 298 del PND refuerza el carácter inconstitucional de todo el artículo. Dicho parágrafo dice:

¹¹ "Cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes (...)", los elementos del test de no regresión: Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2011.



PARÁGRAFO SEGUNDO. Ninguna empresa de servicios públicos domiciliarios que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía, y/o la de comercialización y/o la de distribución, que represente más del 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional, podrá cubrir con energía propia o con energía de filiales o empresas controladas, más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado. Esta restricción no aplicará a los contratos bilaterales que sean asignados en procesos competitivos en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, dispongan que están exceptuados de esta restricción. El Gobierno nacional o la Comisión de Regulación de Energía y Gas en ejercicio de las funciones delegadas, podrá establecer un porcentaje inferior a este 40%.

El Parágrafo tiene como uno de sus antecedentes, la definición de "posición dominante" que contiene el numeral 14.13 de la Ley 142 de 1994, y según la cual:

Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

En el sector eléctrico, el asunto al que se refiere el Parágrafo segundo del artículo 298 del PND fue regulado originalmente por la Resolución CREG 020 de 1996, cuyo título era "Por la cual se dictan normas con el fin de promover la libre competencia en las compras de energía eléctrica en el mercado mayorista". El artículo 6, vigente hasta la expedición del PND, disponía:

Compras mínimas que deben realizar las empresas que desarrollen en forma combinada la actividad de generación con la comercialización o la de distribución - comercialización. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 4o. y 5o. de esta resolución, toda empresa que desarrolle en forma combinada la actividad de generación de energía con la de comercialización o la de distribución - comercialización, **cuya demanda de energía represente el cinco por ciento (5%) o más del total de la demanda del sistema interconectado nacional**, no podrá cubrir con energía propia **más del 60%** de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

Nótese que frente al artículo 6 de la Resolución 020 de 1996, el artículo 298 del PND adopta una posición más laxa con respecto a las participaciones en el mercado de empresas verticalmente integradas y las consecuentes compras de energía. Mientras la resolución señala que toda aquella empresa cuya demanda de energía del sistema interconectado supere el 5% no podrá cubrir con energía propia más del 60% de la energía requerida para atender su demanda, el parágrafo segundo del artículo 298 del PND establece que toda empresa cuya demanda de energía del sistema interconectado supere el 25% no podrá cubrir con energía propia más del 40% de la energía requerida para atender su demanda. En este sentido, el parágrafo segundo del artículo 298 del PND incrementó el supuesto base de la restricción – pasó del 5% al 25% - y disminuyó el porcentaje de la energía que una empresa verticalmente integrada puede atender. Para efectos prácticos, el parágrafo segundo del artículo 298 del PND permite que más empresas verticalmente integradas atiendan con su energía el 40% o más de la demanda que les requieren (siempre y cuando dichas empresas tengan menos del 25% de la demanda total de energía del sistema interconectado.)

Además, este mismo párrafo segundo del artículo 298 del PND exime del límite en cuanto al porcentaje con el que una empresa que tenga hasta el 25% del total de la demanda del Sistema Interconectado Nacional puede atender su mercado regulado. Dicho párrafo establece que el límite mencionado desaparece en cuanto a los "contratos bilaterales asignados en procesos competitivos" en los que expresamente el Ministerio de Minas y Energía o la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispongan que están exceptuados de ellos. De modo que el Gobierno o la Comisión, al definir en qué "procesos competitivos" pueden utilizarse mecanismos anónimos estandarizados puede incidir en esta materia. Esto vulnera el principio de "reserva de ley" que es propio del régimen de los servicios públicos según los artículos 365, 367, 369 y 370 de la Constitución pues confiere discrecionalidad a las autoridades administrativas sin que los límites de tal discrecionalidad estén claros en la ley. Ello, por lo demás, no "evita" violaciones puntuales al derecho constitucional a la libre competencia al permitir posiciones dominantes que llevan a abusos.

7. Síntesis y conclusiones.

Por las razones expuestas, y también en vista del Párrafo segundo, el artículo 298 del PND, en su integridad, debe ser declarado inconstitucional, en la medida en la que permite integraciones empresariales verticales -solo con controles posteriores - en detrimento del derecho a la competencia, por reducción del número de competidores y porque no tiene carácter preventivo frene a abusos de posición dominante; y porque facilita que, por simples actos administrativos, se modifiquen reglas legales, en una materia que tiene "reserva de ley". Por lo demás, el artículo demandado adopta una postura regresiva frente a la protección del derecho a la competencia y a los riesgos de abusos de la posición dominante.

IX. SEGUNDA PARTE DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL: LA DECLARACIÓN DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 298 DE LA LEY DEL PND NO PRODUCIRÍA UN "VACÍO LEGAL".

La segunda parte de la pretensión de esta demanda solicita:

Que la declaración se haga con efectos a partir de la fecha de la sentencia; y que, para asegurar la eficacia de los artículos artículos 2, 93, 157, 158, 333, 339, 340, 341, 342, 365 y 369 de la Constitución sin que la declaración produzca un vacío normativo se disponga en la sentencia que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas ejercer las facultades que les dan la Constitución y la ley en relación con las integraciones verticales en el sector eléctrico.

La jurisprudencia constitucional ha debatido acerca de la suerte de las normas derogadas, una vez que la norma que las deroga es declarada inconstitucional. En la Sentencia C-251 de 2011, de la cual fue ponente el Magistrado Vargas Silva, reiterando la doctrina de la sentencia C-402 de 2010, de la cual fue ponente el mismo Magistrado, concluyó:

La Corte Constitucional ha llegado a la conclusión que no siempre la inexequibilidad de una norma derogatoria implica "la reviviscencia de normas derogadas", pues para ello es necesario establecer: i) si el vacío normativo es de tal entidad que el orden constitucional se pueda ver afectado y ii) efectuar una ponderación entre los principios de justicia y seguridad jurídica, y frente a la oportunidad para determinar si se revive o no una norma derogada, se dijo que no existe un término o etapa específica para esa decisión, por cuanto se puede adoptar en la misma providencia en la que se determina la inexequibilidad, si la Corte así lo juzga necesario, o, posteriormente,



cuando deba controlar el precepto derogado, una vez se haga uso de la acción pública de inconstitucionalidad.

Con base en la jurisprudencia de la Corte, citada en esta demanda, y en la teoría económica, el efecto final de las integraciones verticales sobre el derecho de los usuarios a la competencia y a que se evite el abuso de posiciones dominantes es un asunto que debería ser objeto de examen particular, en cada caso, antes que de decisiones legales rígidas. Tanto el artículo 74 de la Ley 143 como el artículo 298 de la Ley del PND contienen **visiones opuestas y rígidas** acerca de permisibilidad de las "integraciones verticales". Tales visiones condicionan hoy lo que pueden hacer la Superintendencia de Industria y Comercio y la Creg en materia de tales integraciones. Por eso, si ambos artículos -74 de la ley 143 y 298 de la ley del PND desaparecieran, quedarían vigentes las facultades de la Superintendencia y la CREG para decidir, caso por caso, si una "integración vertical", existente o propuesta, respeta o no los derechos de los usuarios a la competencia en los servicios públicos y a la prevención de abusos de posiciones dominantes. Las decisiones de tales autoridades, por supuesto, estarían sujetas a control judicial, de modo que habría oportunidad de un amplio debate técnico y jurídico para examinar, caso por caso, la conveniencia de la integración a la luz de los derechos constitucionales. Esto sería, en nuestra respetuosa opinión, mucho más conveniente para la salvaguardia de los derechos constitucionales involucrados en el asunto, que volver a la posición más rígida del artículo 74 de la Ley 143.

La desaparición, tanto del artículo 298 de la Ley del PND como artículo 74 de la Ley 143 no haría que los derechos constitucionales involucrados quedaran desamparados: por el contrario, habría oportunidad de estudios más detallados en el orden técnico y consitucional sobre la materia. Las normas legales ya existentes que permitirían ese estudio son, entre otras, las que cito en seguida:

El artículo 12 de la ley 1340 de 2009 dice , en efecto, para el caso de las propuestas de "integraciones verticales" :

Artículo 12. *Excepción de Eficiencia.* Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio podrá abstenerse objetar una integración cuando independiente de la participación en el mercado nacional de la empresa integrada, las condiciones del mercado externo garanticen la libre competencia en el territorio nacional.

De otra parte, en cuanto a las "integraciones verticales" que ya existan y que puedan dar lugar a abusos de "posición dominante" la Creg siempre podría dar una orden de desintegración, con base en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887 y en la facultad que le otorga el numeral 73.13 de la Ley 142 de 1994:

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que si la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia..

XI. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud del artículo 241 de la Constitución Política por medio del cual se le "confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo", y en cuyo numeral cuarto se le asigna la función de "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

2. Cosa Juzgada Constitucional

Hasta donde conozco, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, de modo que no existe cosa juzgada en el presente caso. Por esta razón procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

3. Trámite

El trámite que debe darse a esta demanda es el del Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que existen en relación con el trámite de las demandas de inconstitucionalidad.

4. Principio *Pro actione*

Considero que esta demanda cumple con los requisitos de admisión teniendo en cuenta que los argumentos expuestos son claros, pertinentes y suficientes de acuerdo con los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional. Sin embargo, si la Corte no lo considera así, solicito a los Honorables Magistrados aplicar el principio *Pro Actione*.

5. Notificaciones

Las recibiré en la secretaría de la Honorable Corte Constitucional, en el correo electrónico hpalacios@palacioslleras.com o en la Carrera 11 No. 82-01 Oficina 1002 en Bogotá.

De los señores magistrados, con el debido respeto,



HUGO PALACIOS MEJÍA
C.C. 17'064.471 de Bogotá
T.P. 4003 del C.S. de la J.

XI. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud del artículo 241 de la Constitución Política por medio del cual se le "confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo", y en cuyo numeral cuarto se le asigna la función de "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación".

2. Cosa Juzgada Constitucional

Hasta donde conozco, la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, de modo que no existe cosa juzgada en el presente caso. Por esta razón procede un pronunciamiento de fondo al respecto.

3. Trámite

El trámite que debe darse a esta demanda es el del Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen, así como las normas y actos administrativos que existen en relación con el trámite de las demandas de inconstitucionalidad.

4. Principio *Pro actione*

Considero que esta demanda cumple con los requisitos de admisión teniendo en cuenta que los argumentos expuestos son claros, pertinentes y suficientes de acuerdo con los pronunciamientos hechos por la Corte Constitucional. Sin embargo, si la Corte no lo considera así, solicito a los Honorables Magistrados aplicar el principio *Pro Actione*.

5. Notificaciones

Las recibiré en la secretaría de la Honorable Corte Constitucional, en el correo electrónico hpalacios@palacioslleras.com o en la Carrera 11 No. 82-01 Oficina 1002 en Bogotá.

De los señores magistrados, con el debido respeto,

HUGO PALACIOS MEJÍA
C.C. 17'064.471 de Bogotá
T.P. 4003 del C.S. de la J.

NOTARIA
35

PRESENTACIÓN PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO CON HUELLA

M.A. BEATRIZ SANIN POSADA
NOTARIA 35 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.



Certifica que:

Este documento dirigido a: Interesado

fue presentado personalmente el día: 21/10/2019

Por:

PALACIOS MEJIA HUGO

Quien se identificó con: C.C. 17064471

y con T.P. No. 4003 del C.S.J.



y manifestó que reconoce expresamente el contenido del mismo y que la firma y huella que en él aparecen son suyas. En constancia firma nuevamente y por solicitud suya estampó la huella de su índice derecho.

"La certificación de la huella causa derechos notariales según tarifa"

Bogotá D.C. 21/10/2019

tn5h66ntgtf5g5tu

Hugo Salacios Mejia



CERTIFICACIÓN DE TRADUCCIÓN

Bogotá D.C., 20 de octubre de 2019

Yo, **Hundry Alnardo Marquina Moreno**, traductor e intérprete oficial en los idiomas inglés y español, registrado en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia conforme al Certificado de Idoneidad número 177 del 17 de julio de 2018 expedido por la Universidad de Antioquia,

por medio de la presente declaro que:

1. Soy competente en el idioma inglés y en el idioma español;
2. He realizado esta traducción al idioma español a partir del documento en idioma inglés que he tenido a la vista;
3. La traducción adjunta es una traducción fiel y exacta a mi leal saber y entender.

Documentos:

- Capítulo titulado “Integración financiera” del libro La economía de la regulación de Alfred E. Kahn.

En fe de lo cual, coloco mi firma y fijo mi sello en todas las páginas de la traducción adjunta en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia.



Hundry Alnardo Marquina Moreno
 Traductor e intérprete oficial
 Cédula de Extranjería núm. 654 693
 Certificado de idoneidad núm. 177
 hundrymarquina@gmail.com
 Telf.: +57 3118333118

Segunda impresión, 1989
 © 1988 Instituto Tecnológico de Massachusetts

Publicado por primera vez en dos volúmenes en 1970-1971 bajo el título *La economía de la regulación: principios e instituciones* (volumen 1: Principios económicos. 1970; volumen 2: Problemas institucionales. 1971) por John Wiley & Sons Inc., Nueva York. Derechos de autor © 1970 y 1971 de John Wiley & Sons Inc.

Este libro fue impreso y encuadernado en los Estados Unidos de América.

Datos de catalogación de la Biblioteca del Congreso

Kahn, Alfred E. (Alfred Edward)
 La economía de la regulación.

Bibliografía: p.
 Incluye índice
 Contenido: v. 1. Principios económicos – v. 2. Problemas institucionales
 1. Industria y estado – Estados Unidos. 2. Regulaciones comerciales – Estados Unidos. 3. Monopolios – Estados Unidos.

I. Título
 HD3616.U47K28 1988 338.973 87-32484
 ISBN 0-262-11129-2
 ISBN 0-262-61052-3 (pbk.)

[Aquí aparece el último párrafo del capítulo anterior]

Integración financiera

Pese a que los méritos de la integración financiera de las compañías de servicios públicos presentarán diferencias entre un tipo de integración y otro, y entre una industria y otra, existen ciertos temas o consideraciones, a favor y en contra, que son más o menos comunes entre todas. Por lo tanto, es más eficiente exponerlos al principio para así brindar un sendero para las ilustraciones individuales más detalladas que vendrán. De esta forma, ilustraremos, una vez más, las dos partes de la tarea de diseñar la mejor estructura institucional posible para cualquier industria: por un lado, el desarrollo y reconocimiento de los principios y consideraciones comunes, y, por el otro, lograr el mejor equilibrio posible en lo pertinente, siempre en las circunstancias relativamente únicas de cada caso en particular.

Estas mismas observaciones aplican de igual forma a los sectores no regulados de la economía. Lo que hace relativamente única su aplicación en la cuestión de los servicios públicos es el grado normalmente mayor de poder de monopolio que existe en estas industrias, la mayor restricción externa a la explotación plena de dicho poder impuesto por la misma regulación, y el carácter especial de su tecnología. No obstante, estas solo son diferencias de grado; es una pregunta



abierta si el grado de poder de monopolio que existe o que se debe permitir de forma apropiada en algunas de las industrias reguladas, en particular el transporte, es mayor al que existe en aquellos sectores teóricamente no regulados de la industria, como la producción de automóviles o cortes de cabello. También es una pregunta abierta cuán mayor es la restricción que se le impone al ejercicio del monopolio mediante regulaciones públicas formales en estas industrias que las distintas influencias informales y autorestricción directiva en algunos de los sectores no regulados de la industria.¹

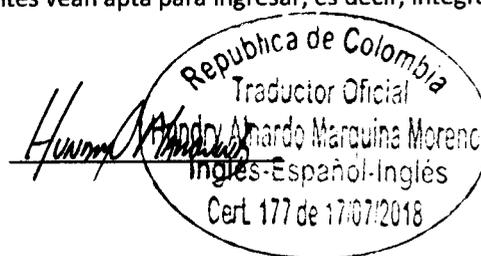
El caso más simple de la integración es que pudiere ser una forma más eficiente de hacer negocios. Con respecto a la integración horizontal, la situación extrema es el monopolio natural. La integración vertical puede hacer posible realizar una mayor sincronización de los flujos de entrada y salida, un mayor control de calidad, un mejor ajuste de capacidad en las distintas etapas del proceso de producción que pueden lograr compañías distintas que se tratan entre sí en igualdad de condiciones y, además, puede ahorrar lo suficiente en costos reducidos de venta y transferencia de materiales o productos de un nivel a otro para compensar a las compañías en lo referente a la limitación de su gama de elección de proveedores o clientes normalmente involucrados. Las posibles ventajas de eficiencia de la integración de conglomerado se pueden concebir de mejor manera desde una mayor o mejor utilización de la capacidad de una compañía, generalmente definida como donde su administración, planta física de producción, laboratorios de investigación o instalaciones de distribución pueden asumir un producto o mercado adicional con un mayor aumento en los costos que si aquellos productos o mercados fueren suministrados por compañías distintas.

Solo por estas razones, la integración puede potencialmente promover la competencia ya que su ahorro en los costos puede permitir que las compañías compitan de forma más eficiente, pero también por la misma integración: claramente contribuye a la competencia si las compañías tienen la libertad de asumir cualquier función nueva que deseen en el momento que crean que puedan desarrollarlas más eficientemente que antes. Por esto, la mera capacidad de las compañías constituye un tipo de competencia potencial que ayuda a las otras compañías a mantenerse alertas.²

¹ En cualquier caso, dado que este libro se centra en las industrias formalmente reguladas, no hacemos esfuerzo explícito en el desarrollo para demostrar de forma consistente en cuáles aspectos aplica el argumento de forma equitativa a los sectores no regulados y en cuáles aspectos no.

² "Las compañías grandes y la integración son agencias necesarias y manifestaciones inevitables de un sistema empresarial libre. Se le debe permitir crecer a la firma que compita de forma exitosa y, de la misma manera, los negocios en general deben ser libres de expandirse si creen que, de esta manera, pueden mejorar su capacidad de servir al cliente. La competencia también exige que las unidades empresariales sean libres, en general, de asumir nuevos productos, nuevas funciones o de ingresar a nuevos mercados, es decir, de integrarse". Reimpreso de Dirlam y Kahn, *Fair Competition* (Competencia justa). 141. Derechos de autor 1954 por la Universidad de Cornell. Utilizado con el permiso de la editorial universitaria de Cornell.

"El freno más simple al poder del monopolio, la cura más efectiva al mal desempeño y lo más consistente con la libre empresa es la libertad de ingreso. Aquí se incluye, claramente, el derecho de una empresa existente a extender sus operaciones en cualquier área que sus gerentes vean apta para ingresar, es decir, integrarse". *Ibidem*. 151-152.



En lo referente a la integración vertical y conglomerada, esta posible contribución competitiva trae como resultado una defensa contra la suposición difundida que la integración es inherentemente peligrosa porque aumenta el poder de la empresa y crea la amenaza del monopolio. La defensa tiene dos componentes: primero, el poder del monopolio, como lo define el economista, depende principalmente del número de vendedores de algún producto o servicio dado; es un fenómeno horizontal. Ni la integración vertical ni conglomerada en sí cambia la estructura del mercado en este aspecto, al menos no para peor. Si se completa mediante adquisición, todo lo que cambia es la identidad de la firma en el mercado en cuestión. Si se completa mediante expansión interna, es decir, si la firma integradora ingresa al negocio al construir sus propias instalaciones, el efecto inmediato es el aumento en uno del número de competidores en el mercado en cuestión. (Claramente, esta defensa no aplica a la integración horizontal y, especialmente, al completarse mediante fusión. En este caso, el número de competidores en cualquier mercado en particular se reduce en uno).

La segunda parte de la defensa es la siguiente: si una firma no puede aumentar su poder de mercado mediante integración vertical o conglomerada, ¿cuál es la posible razón que podría tener para integrarse sino por la creencia de que puede realizar la nueva función al menos igual o mejor que lo que ya hace la firma? (Por supuesto, si uno sintiere que las posibilidades de la explotación monopolística en un mercado se aumentan solo por el hecho de que las firmas en éste son grandes e integradas –una visión defendida entre los economistas³- esta defensa tiene persuasión reducida).

³ Uno de los exponentes principales de esta posición es Corwin D. Edwards. Vea, por ejemplo, su *Conglomerate Bigness as a Source of Power* (Grandeza conglomerada como fuente de energía), *Business Concentration and Price Policy* (Concentración empresarial y política de precios), una conferencia de las universidades-oficina nacional, Comité de Investigación Económica (Princeton: Editorial de la Universidad de Princeton, 1955) 331-361, y su testimonio ante el Comité Hart, Senado de Estados Unidos, Comité judicial, Subcomité contra el monopolio, la segunda sesión del octogésimo octavo congreso, *Concentración Económica, Audiencias*, parte 1, 1964, 36-56; vea también la respuesta de Jesse W. Markham, *ibidem*, parte 3, 1269-1281.



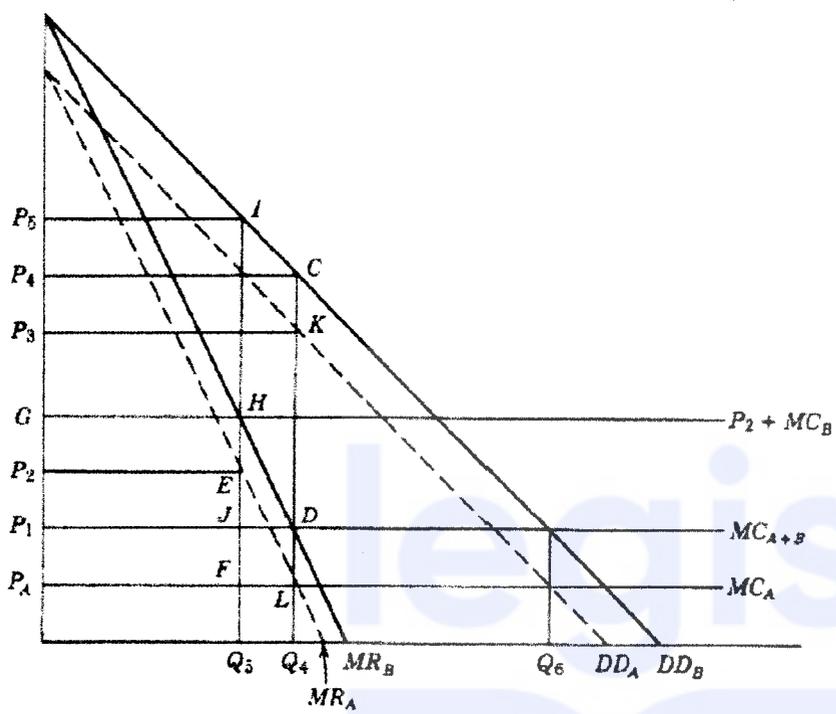


Imagen 1. El efecto estático de la integración vertical.

Esta defensa se ha desarrollado con mayor claridad en la integración vertical, pero también se ha aplicado, con modificaciones, a la integración conglomerada y una gama de prácticas competitivas, como tratos exclusivos, distribuciones territoriales exclusivas, impulso para líneas completas y ventas combinadas⁴ que alcancen algunos de los beneficios de la integración y en general se consideren que sean, al menos, en efecto, potencialmente anticompetitivos. Aunque se debe modificar este caso sustancialmente para el contexto de los servicios públicos, su entendimiento es importante. La imagen 1 brinda la explicación más simple posible al argumento.

La integración vertical solo causa problema en los casos donde existan poderes monopolísticos preexistentes. Si todos los estratos horizontales de la industria, los que representan los estados sucesivos del proceso de producción, fuesen puramente competitivos, no habría efecto en la competencia si algunas de las firmas adoptasen dos o más de estos estratos en sus propias esferas de operación, sino que las firmas integradas aún estarían sujetas a las revisiones desinhibidas de la competencia en el momento que hiciesen sus ventas finales. Por lo tanto, aquí asumimos la etapa final en el monopolio, una firma individual que vende un producto final, B, cuya demanda se indica en la imagen. También asumimos, para simplificar el tema, que la industria solo tiene dos estratos, uno que produce el insumo A y el segundo transforma el A en B, con sus respectivos costos marginales que asumimos que son horizontales por motivos de simplicidad. Si el monopolista no está regulado y es capaz de comprar su insumo A al costo mínimo (es decir, MC), maximizará las ganancias al producir hasta el punto donde MC_{A+B} sea igual

⁴ Vea los escritos de Bork y Bowman citados en la nota 21.
 Página 4 de 12



a MR_B . Su producción será Q_4 , su precio será P_4 y su ganancia del monopolio será el rectángulo P_1P_4CD .⁵ Siempre que pueda comprar su insumo A al costo mínimo, no tendrá ningún incentivo para integrarse verticalmente; podrá extraer toda la ganancia posible del monopolio que ha de extraerse del mercado al cobrar el margen CD de sus propios costos marginales. Claramente, solo se integraría hacia atrás si estuviere pagando un precio por A mayor al que (cree) le costaría producirlo por sí mismo, dado que los proveedores actuales son menos eficientes a él o dado a que tienen el poder del monopolio y le están cobrando más que MC , o si existiesen eficiencias adicionales en la combinación de las operaciones.

La imagen 1 ilustra una de estas posibles ocasiones. Supongamos que los proveedores de A tienen cierto poder de monopolio y, por lo tanto, son capaces de no cobrar P_A sino, por ejemplo, P_2 , dándoles así las ganancias del monopolio designadas por el rectángulo P_AP_2EF . En este caso, el monopolista hacia adelante vería que sus propios costos marginales se habrán elevado al nivel P_2+MC_B . En estas circunstancias, maximizaría sus propias ganancias al producir hasta el punto donde esta nueva curva de costo marginal elevado artificialmente se iguale a MR_B o la cantidad Q_5 . Aún recibiría parte de sus ganancias del monopolio, GP_5IH , pero ahora se tendría que compartir parte de la ganancia potencial del monopolio de la industria con los proveedores de A . En este caso, obviamente le resultaría mejor realizar la producción de A por sí mismo, obteniendo así el insumo al precio de costo, MC_A , aumentando su producción a Q_4 y reduciendo su precio a P_4 , y, de esta manera, gozaría una vez más de las ganancias del monopolio P_1P_4CD . Cabe resaltar que, en este caso, donde se transfieren los insumos de un estrato a otro a precios en exceso a los de los costos marginales, el precio al consumidor final se aumenta incluso por encima del nivel cobrado por un solo monopolista integrado; y que, por lo tanto, la integración vertical viene en beneficio del consumidor así como del propio monopolista [sic].⁶

⁵ El lector podría tener problemas para aceptar la diferencia entre el costo marginal y el precio como medición de las ganancias del monopolio. La competencia pura sí iguala el precio con el costo marginal, pero, dado que no existe certeza que el costo marginal en el corto plazo sí cubrirá el costo total promedio, podría ser más fácil para el lector interpretar las líneas de MC en el diagrama como un costo marginal en el largo plazo, en una industria que produce bajo condiciones de costo constantes. Esto significa que se puede considerar que MC es igual a ATC cuando la firma opere en el punto de menor costo.

⁶ De hecho, es para el beneficio conjunto de los proveedores en ambos niveles. Los dos monopolistas en consecutivo no tienen éxito al maximizar sus propias ganancias agregadas al operar independientemente de la manera indicada. El total de las ganancias obtenidas por los proveedores de A y por el monopolista B , P_AP_2EF y GP_5IH , respectivamente, es menor a P_1P_4CD , las ganancias obtenidas por este último cuando es capaz de obtener sus insumos al MC . La razón de esto es muy simple: sin importar el precio arbitrario por el cual se transfiere A , el verdadero costo marginal de todo el proceso de producción aún es MC_{A+B} . El aumento en la producción del Q_5 al Q_4 efectuado por la integración vertical añadiría más a los ingresos que a los costos: la ganancia sacrificada se representa con el triángulo JHD (JH es la cantidad por la cual se infla el costo de A al proveedor de B por el monopolio). La demostración anterior se toma esencialmente de J.J. Splenger, *Vertical Integration and Antitrust Policy* (Integración vertical y política antimonopolios), *Jour. Pol. Econ.* (agosto de 1959), LVIII: 347. Robert H. Bork ha desarrollado este argumento con mucho más detalle, particularmente en su artículo *Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception* (Integración vertical y la Ley Sherman: la historia jurídica de un error económico), revista de derecho de la Universidad de Chicago (otoño de 1954), XXII: 157. Bork y Ward S. Bowman Jr. también han aplicado un razonamiento parecido a la integración conglomerada y las distintas prácticas comerciales presuntamente restrictivas en *The Crisis in Antitrust* (La crisis del antimonopolio), *Fortune*, reproducido junto a los intercambios con

Página 5 de 12



Así tenemos una ilustración simple acerca de la integración vertical en terrenos estáticos. El poder del monopolio es un fenómeno horizontal, no vertical. El interés del monopolista (horizontal) es tener todas las demás funciones de su industria —el suministro de sus insumos, el procesamiento y la distribución de sus productos— operando a un costo mínimo y cobrado al precio mínimo. Siempre que prevalezcan estas dos condiciones, no tendrá incentivo para integrarse verticalmente. Podrá apropiarse la máxima ganancia disponible en la industria al precio que cobre por su propio servicio, teniendo seguro que el precio se agregará y habrá sido agregado al mínimo cobro posible para todos los demás servicios hacia atrás y hacia delante de él. De no existir estas condiciones, sí le será beneficioso integrarse; no obstante, en este caso (de no haber cometido error al hacerlo), la reducción resultante del costo o precio por la cual se realiza solo será beneficiosa para los consumidores, si les llegase a afectar.

Los posibles beneficios también presentan un aspecto dinámico. Como hemos sugerido, el acto de integración o la mera amenaza de ingreso al mercado de este dispositivo puede brindar el mismo estímulo que brindan otras formas de competencia directa y horizontal para continuar los esfuerzos de reducción de mercado e innovación por parte de las compañías en dicho mercado. Adicionalmente, la integración puede incentivar la integración e innovación debido a los *incentivos* especiales que pudieren surgir como resultado⁷, las *oportunidades* especiales que genera y la

Harlan M. Blake y William K. Jones como *The Goals of Antitrust: a Dialogue on Policy* (Los objetivos del antimonopolio: diálogo sobre su política), *revista de derecho de Columbia* (marzo de 1965), LXV: 363-466.

⁷ Al rechazar el permiso para que la Michigan Consolidated Gas Co. financiase proyectos habitacionales de ingresos bajos y moderados en el área de Detroit (nota 2, p. 253 anterior), el SEC sostuvo que la operación propuesta no contaba con el requisito "relación operativa o funcional" con la empresa de servicios públicos. La ley sí parecía contemplar la integración continua con "otros negocios" solamente bajo la presencia de relaciones directas y físicas entre las distintas operaciones para que su operación integrada resultase en menores costos de producción o distribución. Al hacer esto, parece haber ignorado la posibilidad de relaciones *comerciales* especiales como las que, bajo la integración, pudieren surgir, como un incentivo para participar en inversiones socialmente deseables que, de otra manera, no se hubiesen podido hacer. Como argumentó el comisionado Smith en su disenso:

"La piedra angular de cualquier análisis razonable de estas cuestiones es el término "negocio". Las funciones de los negocios empresariales son cada vez más amplias en su concepto que una estricta limitación a las operaciones... Las compañías de servicios públicos tienen un compromiso básico especial con las áreas donde operan... No es posible para un servicio quitar sus estacas y mudarse a otra área... Si se dilapidan y se vuelven inhabitables porciones grandes del área de servicio, el servicio público no solo deberá enfrentar una posible reducción de sus ingresos, sino también los gastos adicionales y la responsabilidad de servir áreas que yacen más allá..."

"En virtud de la relevancia reconocida de forma congresual de las inversiones actuales, creo que se puede determinar que, conforme a la sección 11(b)(1), dichas inversiones son razonablemente incidentales y económicamente necesarias o apropiadas para las operaciones del sistema del servicio público..."

"Los proyectos habitacionales propuestos involucran compromisos modestos de capital y brindan un beneficio económico de dichas inversiones para los inversores y los consumidores. Por la misma razón, las inversiones, conforme a la sección 9(c)(3), también son <<apropiadas en el curso normal de las operaciones>> bajo cualquier construcción de dicho término que considere las dinámicas de las funciones y responsabilidades empresariales contemporáneas". *Loc. cit.*



capacidad adicional que pudiere dar a una firma para movilizar recursos para este fin. Las compañías tendrán incentivos inusuales para desarrollar equipos nuevos u otros insumos que requiere para sus propias operaciones, para mejor producción o para nuevos usos de su producto; podrían tener oportunidades inusuales que surjan de su propia experiencia operativa para percibir la necesidad y posibilidades de dicho esfuerzo. Además, al ser capaz de asegurar innovaciones exitosas en un mercado, podría ser más capaz de justificar la aplicación de recursos para su desarrollo.⁸

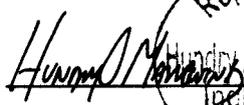
⁸ El hecho de que la capacidad superior de una compañía grande integrada de elevar el capital sea un reflejo de la imperfección del mercado de capital o si es una ventaja genuina de eficiencia otorgada por la integrada es una cuestión complicada que no se puede resolver aquí. Es cierto que si una compañía A puede aumentar sus fondos para asumir una inversión X dado que los inversores saben que estarán protegidos por la amplia gama de operaciones y fuentes de ingreso de A en caso de cualquier pérdida posible si dicho proyecto termina siendo un fracaso, mientras que la compañía B no puede elevar su capital para esa misma inversión, existe un elemento de imperfección en el mercado de capitales; puede decirse que la ventaja de la compañía integrada A sobre la compañía no integrada B es esencialmente privada y estratégica. La prueba apropiada sobre si se debe realizar una inversión en particular es seguramente el riesgo de dicha inversión, no el riesgo que afectaría al *inversor*; esta última podría ser grande o pequeña según el mero tamaño o diversificación del prestador. Vea toda la discusión de este punto en la nota 117. Un argumento relativamente contrario se encuentra en George J. Stigler, *Imperfections in the Capital Market* (Imperfecciones del mercado de capitales), *Jour Pol. Econ.* (junio de 1967). LXXV: 287-292.

En el caso donde la ventaja de A surge del hecho de que se encuentra en una mejor posición para percibir la oportunidad de inversión o para asegurar su éxito, podría ser una genuina ventaja social de eficiencia de integración.

Toda esta área es una en la que los economistas no han desarrollado por completo juicios normativos satisfactorios. Debido a que el escritor actual ha lidiado con el problema en cierto nivel (en colaboración con M.G. de Chazeau), podría excusarse de citar hasta cierto punto el estudio anterior: *La teoría económica generalmente ha encontrado el caso más fuerte de imperfección del mercado en las condiciones necesarias para el progreso económico... Aquí, de existir en algún lugar, la seguridad de la posición establecida, otorgada por el tamaño y la integración, podría ser necesaria para equilibrar los peligros de experimentos largos y costosos, de gastos a largo plazo en la investigación y desarrollo de productos y procesos nuevos, y de las exploraciones para revelar nuevas fuentes de petróleo y nuevas formas para desarrollar sintéticos que tomen su lugar. Se puede realizar un caso lógico sobre la propuesta de que los beneficios públicos de estas ventajas de una compañía grande integrada verticalmente –de su mayor sensibilidad a las oportunidades de inversión, habilidad para dirigir fondos y voluntad para utilizarlos a tasas anticipadas de rendimiento relativamente bajas. Integration and Competition in the Petroleum Industry* (Integración y competencia en la industria petrolífera) (New Haven: Editorial de la Universidad de Yale, 1959). 278.

“Las posibles contribuciones [de la integración a la innovación] varían, pero la básica se encuentra en la naturaleza de los *incentivos* inherentes a la propia integración, que surjan del fortalecimiento y apoyo mutuo que se prestan entre sí las operaciones independientes de la compañía. La propiedad de grandes cantidades de crudo agrio prácticamente inutilizable dio a Standard Oil un motivo urgente para diseñar un proceso de desulfuración y de aplicarlo ampliamente una vez se diseñase. Los márgenes bajos y precarios de los refinadores brindaron fuertes incentivos para minimizar los costos de descargar el petróleo en la refinería y distribuir sus productos, sino que prácticamente fueron obligados a desarrollar tuberías... para mejorar la eficiencia de su transporte de barcazas y tanqueros, y para impulsar la racionalización de su mercadeo. Las fuertes inversiones en las instalaciones de refinamiento y mercadeo, así como la reducción de la producción de crudo en California, sin duda estimularon a Union Oil a adquirir terrenos de esquisto y a estudiar métodos para utilizarlos. Podríamos seguir, pero el punto es

Página 7 de 12




Existen peligros compensatorios incluso en la industria no regulada que giran alrededor de la posibilidad de que la integración puede proteger, reforzar, o extender el poder de monopolio (horizontal) preexistente. El problema se ha discutido mucho y no emprenderemos esfuerzos para analizarlo aquí,⁹ pero estos peligros se acentúan con el monopolio y la regulación. La integración vertical hacia atrás es una forma posible de eludir la regulación en la explotación del poder del

simplemente que, en una operación estrechamente integrada, el fracaso, irritación, necesidad o excedente en cualquier nivel o proceso de la industria crean un desequilibrio que provoca la existencia de actividades compensatorias con beneficio social en otros niveles.

Mientras más grande sea el frente de exposición de las operaciones comerciales de la firma, mayor será la probabilidad de que los expertos en su organización reconozcan las potencialidades de una idea o producto nuevo en la aplicación comercial y, mientras mayores sean los intereses comerciales de la firma, más probable será que dirija sus recursos al desarrollo de dicha idea. Pp. 309-310.

El conocimiento imperfecto y la competencia imperfecta son característicos de todos los mercados reales, incluidos los mercados de capitales. Es por estas imperfecciones que la planeación y presupuestación de desembolsos de capital son funciones administrativas esenciales y la integración puede contribuir a un rendimiento más efectivo. La Firma A, la cual integra varios niveles de producción y procesamiento, pudiere tener mejor conocimiento que la firma B, la cual opera a un solo nivel, sobre cuáles inversiones son rentables para la inversión privada y continuarán abasteciendo una necesidad pública. También puede ser que A y B reconozcan una oportunidad de inversión socialmente rentable, pero, debido a que el mercado de fondos crediticios es imperfecto, solo A podrá efectuar la financiación necesaria bajo términos aceptables... dicha ventaja sería la capacidad superior de A de reducir los riesgos reales o de percibir todos los beneficios de la inversión al adaptar un proyecto en especial a su estructura integrada con ventajas consecuentes de sostenimiento o fortalecimiento en más de un nivel de operación. Por ejemplo, podría pagarle a una compañía petrolera integrada, pero no a un desconocido, para que convierta los subproductos del petróleo en detergentes sintéticos, transportarlos al mercado con sus propios camiones y venderlos en sus propias estaciones de servicio debido a que los costos añadidos del proyecto son leves y ya tiene instalaciones para hacer parte del trabajo.

Parece imposible dudar que, debido al acceso superior a los conocimientos, oportunidades, incentivos, recursos o debido a que ya poseen parte de la capacidad necesaria y se requiere de relativamente poco capital añadido para realizar la nueva función, las firmas integradas pueden realizar inversiones que, en otro contexto, no se harían, inversiones que podrían demostrarse que se pueden justificar económicamente en el sentido de que añaden al producto social una cantidad suficiente de bienes y servicios para justificar el uso de los ahorros para esto en lugar de para alguna otra cosa. (Ibidem, 260-261).

Para un argumento similar, interpretar la "integración como un ajuste de riesgo e incertidumbre", lo cual, al "aumentar el conocimiento y el control", promueve la eficiencia, reduce varios costos relacionados a seguros y, en ciertas circunstancias, vuelve comercialmente posible la adopción de nuevas tecnológicas reductoras de costos, vea el artículo de H. R. Jensen, E. W. Kehrberg y D. W. Thomas, *Southern Econ. Jour.* (abril de 1962), XXVIII: 378.384.

⁹ Vea el intercambio de Blake & Jones con Bork y Bowman, nota 21; también el *Bilateral Monopoly, Successive Monopoly and Vertical Integration* (Monopolio bilateral, monopolio sucesivo e integración vertical, *Económica*, n.s. (mayo de 1960), XXVII: 101-119; Dirlam y Kahn, *Fair Competition* (Competencia justa), 142-150 y *passim*; y de Chazeau y Kahn, *op. cit.*, 44-50 y *passim*.



monopolio.¹⁰ Consideremos la situación ilustrada en la imagen 1: el nivel ideal de producción no es Q_4 sino Q_6 , el precio eficiente no es P_4 sino P_1 , y este es el precio que establecería una comisión reguladora eficiente (asumiendo, como antes, que el costo marginal también es suficiente para cubrir el costo total promedio), siempre que la compañía regulada sea capaz de comprar los insumos A a un precio competitivo o que los produzca ella misma. Sin embargo, si la compañía (o sus funcionarios) fueren capaces de adquirir el control de la producción de A o una participación beneficiosa en su titularidad y este estrato de la industria no se regulase a sí misma, la compañía regulada podría apropiarse de todas las ganancias potenciales del monopolio de esta industria al precio que cobró por A , lo cual sería P_3 , el precio que, cuando se le agregó el costo marginal de realizar la función B , arrojaría a la industria un precio maximizador de ganancia para el consumidor final, P_4 . En este caso, la comisión de servicios públicos comprometería a la compañía a su costo de servicio, P_4 , pero la única diferencia con respecto a la situación de monopolio no regulada sería que la misma cantidad total de ganancias, P_4P_3KL , iría ahora a los bolsillos del productor afiliado no regulado de A en lugar de, en forma P_1P_4CD , a las arcas de la propia compañía de servicios públicos.¹¹

Un segundo peligro particular para los servicios públicos es la tendencia A-J-W. Las compañías reguladas pueden desear integrarse indiferentemente de si pueden realizar las funciones añadidas de forma más eficiente que los otros que ya lo hacen para expandir sus tarifas bases y sus ganancias totales permitidas.¹²

¹⁰ Vea la p.28, nota 20, del volumen I

¹¹ Este mismo resultado se puede demostrar, como lo hemos hecho en las líneas discontinuas de la imagen 1, al preguntar qué sería en pro de un proveedor en monopolio del insumo A para cobrar si supiese que la función hacia adelante, B , se realice solo al precio de MC_B . La demanda derivada del producto A sería DD_A , la demanda del producto final menos el costo marginal de realizar la función B . En este caso, la función de ingreso marginal para la firma A sería MR_A , su punto de maximización de ganancia estaría en la intersección de dicha función de ingreso marginal con su MC_A , su producción óptima sería Q_4 , su precio sería P_3 , a lo cual se agregarían los MC_B , produciendo un precio final de P_4 . Como esto demuestra, la posibilidad de que el centro de la explotación monopolística del consumidor simplemente se transfiera desde la fase de servicio público, B , al estrato de suministro de insumo, A , no depende en sí de la integración vertical; sería mejor para los proveedores de A en cualquier caso organizarse y extraer dichas ganancias del monopolio, de ser posible. Sin embargo, no sería beneficioso para la compañía de servicio público no integrada permitirles que lo hiciesen porque un mayor precio de A se traduce en menores ventas, un menor tipo de base y, por lo tanto, una menor ganancia total permisible. Por ello, tendría más incentivo para integrarse hacia atrás para producir el insumo por sí misma.

¹² Una ilustración interesante de la contribución competitiva de la integración vertical y de sus posibles peligros se encuentra en uno de los primeros casos en los que la Comisión Energética Federal certificó un gasoducto natural competidor. La Michigan Consolidated Gas Company dependía casi por completo de sus proveedores de la Panhandle Eastern Pipe Line Company. La relación entre los dos fue tormentosa, especialmente durante e inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, momentos cuando había poco suministro de gas y la compañía de Michigan alegó que la Panhandle favorecía a sus usuarios industriales. Cuando parecía que la Panhandle no quería expandir su capacidad lo suficiente para cumplir con la creciente demanda del mercado de Michigan, la casa matriz de esta última, la American Light and Traction, creó una subsidiaria, la Michigan-Wisconsin Pipe Line Company, y solicitó en 1945 ante la Comisión Federal de Energía el derecho de colocar un ducto desde el suroeste hasta el área comercial de Michigan y Wisconsin. Panhandle se opuso, con la intención de reservarse el mercado para sí sola. Dado que la Comisión no tenía la autoridad de exigir que Panhandle expandiese su capacidad con más

Página 9 de 12


 Republica de Colombia
 Traductor Oficial
 Humberto Mercuriano Moreno
 Inglés-Español-Inglés
 Cert. 177 de 17/07/2018

Esta es solo otra forma de llegar al punto más general de que las defensas a la integración expuestas anteriormente asumen no solo la ausencia de la posibilidad de que pueda aumentar el poder del monopolio, sino también que las firmas intenten maximizar ganancias. Cuando no se les permite hacerlo, pero sí se les permite recuperar todas las adiciones al costo, incluido el rendimiento en todas las inversiones adicionales, la asunción de operaciones en pérdida podría conducir a una maximización de la ganancia. En este mismo sentido, dichos peligros de integración pueden persistir incluso en industrias no reguladas, ya que los administradores están dispuestos a subordinar la maximización de ganancia con el objetivo de aumentar el tamaño o crecimiento de las firmas que administran.

El tercer peligro es aquel que también existe en las industrias no reguladas, pero se acentúa por su mayor poder de monopolio que normalmente existe en las compañías de servicios públicos. Una firma puede, por su integración, excluir a competidores de una oportunidad justa de competir. Esta posibilidad surge, como veremos, bajo la integración conglomerada y en la vertical, pero se puede demostrar mejor con esta última. Cuando un monopolista de un servicio público suministra su propio insumo, excluye por completo a los proveedores independientes de poder vender en lo absoluto a toda la industria. La defensa típica de la integración asume que las compañías integradas continuarán, en puntos críticos, estando sujetas a una prueba del mercado (las firmas integradas verticalmente compiten entre sí y, posiblemente, también con firmas no integradas en sus distintos niveles). En este caso, su eficiencia comparativa siempre está sujeta a una prueba y prevalecen sus incentivos de ser eficiente y progresista. No obstante, el monopolista integrado verticalmente no está sujeto a tal revisión; por lo tanto, incluso si intentase ser tan eficiente como fuese posible, no existe forma de saber si tiene éxito en dicha actividad.

Se puede alegar que estos peligros son los peligros del monopolio simple. Es al monopolio al que le falta ese espíritu competitivo y de revisión; es el monopolio el que está al menos potencialmente sujeto al anquilosamiento gerencial o búsqueda de objetivos distintos a la ganancia. Especialmente, con la presencia de la regulación, la integración puede *extender* el *alcance* de dicho monopolio y la habilidad de *explotarlo*. Cuando un monopolista del servicio público decide producir su propio equipo, también puede (pero no necesita) mediante este acto eliminar las presiones y pruebas de la competencia desde el estrato de la fabricación del equipo. De esta forma, extiende el peligro del conservadurismo gerencial no probado y no incitado por la competencia de la fabricación de insumos.

rapidez, la integración hacía atrás por parte de las compañías locales de distribución demostró ser un medio esencial para brindarles los suministros adicionales que requerían y, así, liberarse de su completa dependencia de su proveedor reacio.

Al mismo tiempo, la Comisión Federal de Energía era consciente del peligro que surgía de que las compañías locales de distribución a partir de entonces dieran preferencia a sus propios proveedores afiliados, cuyos precios propuestos, como sucedió, eran mayores a los cobrados por Panhandle. Por ello, con la certificación del ducto competidor, intentó proteger los derechos de participación de Panhandle en el mercado. Vea Nelson Lee Smith, *op. cit.*, 668-673.



Lo que tenemos es, por un lado, las posibles contribuciones de la integración y, por otro, la competencia para un desempeño eficiente y progresivo con cada dispositivo institucional de una forma potencialmente compatible y no compatible con otras. No es sorpresa que el matrimonio entre la competencia y la regulación sea difícil, con los términos del contrato sujeto a redefinición constante y las partes siempre buscando a sus respectivos abogados. Tampoco es sorpresa que ningún economista sea capaz de prescribir un contrato ideal para todas las partes y todas las circunstancias.

La economía de la regulación

Principios e instituciones
por Alfred E. Kahn

Como presidente de la Junta de Aeronáutica Civil a finales de la década de 1970, Alfred F. Kahn presidió la desregulación de las aerolíneas. Su libro, publicado a principios de esta década, presentó la primera integración integral de la teoría económica y práctica institucional de la regulación económica. En su extensa nueva introducción a esta edición, Kahn estudia y analiza la revolución de la desregularización que no solo se ha llevado a aerolíneas, sino que también ha transformado las compañías de servicios públicos estadounidenses y las industrias privadas en general en los últimos diecisiete años.

Pese a que la actitud con respecto a la regulación ha cambiado varias veces en los años de intervención y las regulaciones gubernamentales se han eliminado y disminuido, la cuestión sobre si regular más o regular menos es un tema de constante debate, uno que la Economía de la regulación aborda de forma incisiva. Claramente continúa siendo el trabajo estándar para el campo, un punto de inicio y herramienta de referencia para cualquiera que trabaje en las regulaciones.

Kahn destaca que, pese a que ha habido cambios dramáticos en las industrias estructuralmente competitivas –las aerolíneas, empresas de transporte, servicios de corretaje de bolsas de valores, trenes, buses, televisión por cable, petróleo y gas natural- se ha disuelto el consenso sobre la conveniencia y necesidad del monopolio regulado en las compañías de servicios públicos bajo los problemas de la inflación, crisis de combustible y la experiencia traumática de las plantas nucleares. Es especialmente franco sobre su evaluación del efecto de la desregularización de las aerolíneas.

Su conclusión actual refleja su trabajo original seminal –que las distintas industrias requieren de mezclas distintas de arreglos institucionales que no se pueden decidir con base en ideologías.

Alfred E. Kahn es profesor Robert Julius Thorne de Economía Política de la Universidad de Cornell y consultor especial de la Asociación Nacional de Investigación Económica.

MIT Press

Instituto Tecnológico de Massachusetts
Cambridge, Massachusetts 02142

KAHEP
0-262-61052-3



TRADUCCIÓN OFICIAL

Yo, **HUNDRY ALNARDO MARQUINA MORENO**, traductor e intérprete oficial en los idiomas inglés y español registrado en el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia conforme al Certificado de Idoneidad núm. 177 del 17 de julio de 2018 expedido por la Universidad de Antioquia, por medio de la presente certifico que soy competente en los idiomas inglés y español, que he realizado esta traducción al idioma español a partir del documento en idioma inglés que he tenido a la vista y que la misma es una traducción fiel y completa del original.

EN FE DE LO CUAL, coloco mi firma y fijo mi sello en todas las páginas de esta traducción en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia, a los **veinte (20)** días del mes de **octubre** del año **2019**.



GUÍA DE ANÁLISIS DE INTEGRACIONES EMPRESARIALES (TRÁMITES DE PRE-EVALUACIÓN)

50
años

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA



GOBIERNO
DE COLOMBIA

legis

Pablo Felipe Robledo Del Castillo

Superintendente de Industria y Comercio

Jorge Enrique Sánchez Medina

Superintendente Delegado para la
Protección de la Competencia

Felipe García Pineda

Aura María García Pabón

Carolina Liévano Liévano

Asesores Despacho Superintendente
de Industria y Comercio

Andrés Pérez Orduz

Coordinador Grupo de
Integraciones Empresariales

Juan Pablo Herrera Saavedra

Coordinador Grupo de
Estudios Económicos

50 años

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA



GOBIERNO
DE COLOMBIA

CONTENIDO

Introducción	4
Normatividad aplicable	5
Definiciones	5
Procedimiento de pre-evaluación	8
Control	10
Excepción del deber de informar	11
Supuestos para informar	11
Definición del mercado relevante	13
Efectos potenciales de la operación	20
Barreras a la entrada	25
Competencia potencial	27
Poder de negociación de los compradores	28
Eficiencias de la operación	28
Conductas durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación	30
Condicionamientos	31

INTRODUCCIÓN

1. La presente Guía de Integraciones Empresariales (en adelante, Guía) tiene por objeto proporcionar una orientación sobre la manera como la Superintendencia de Industria y Comercio (**SIC**) se aproxima al estudio de las solicitudes de autorización de una operación de integración. Asimismo, en el presente documento se presentan los criterios de análisis que en general utiliza la **SIC**, para determinar si con la operación proyectada, podría producirse una indebida restricción de la libre competencia, en los términos de la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y las demás normas concordantes.

2. De conformidad con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, cuando las empresas intervinientes demuestren que cuentan con menos del 20% de participación conjuntamente evaluadas, en cada uno de los mercados coincidentes o en cada uno de los eslabones de la cadena de valor que resulta ser común entre ellas, las integraciones notificadas se entienden automáticamente autorizadas. Por esta razón, en la presente Guía no se aborda en detalle lo referente al trámite de notificaciones.

3. Dadas las particularidades de cada mercado, esta Guía no tiene por objeto resolver todas aquellas cuestiones que se puedan presentar en todos los casos, ni realizar afirmaciones absolutas sobre la interpretación de las normas aplicables. El análisis que hace la **SIC** en materia de integraciones empresariales es de naturaleza dinámica y flexible, atendiendo las particularidades de cada operación. En consecuencia, la presente Guía no incorpora principios absolutos y solamente tiene efectos ilustrativos.

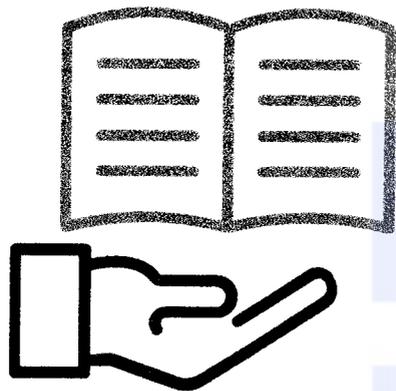
4. Mediante los análisis efectuados a una operación de integración, la **SIC** propenderá por la protección de la libre competencia en los mercados afectados con el propósito de garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

5. En esta Guía se señalan las diversas fases del procedimiento de evaluación de una operación de integración. Aquellas operaciones de integración en las que desde la Fase I. Evaluación preliminar no se vislumbren efectos negativos sobre la competencia, serán autorizadas sin necesidad de continuar con la Fase II. Estudio de fondo. Por el contrario, aquellas operaciones de integración en las que de acuerdo con la información disponible no se descarten efectos negativos sobre la competencia, requerirán el paso a la Fase II. Estudio de fondo, con el fin de contar con mayor información que permita un análisis más profundo sobre los potenciales efectos de la operación.

6. En general, la **SIC** desarrolla el análisis de las operaciones de integración en las siguientes etapas: (i) Definición del mercado relevante; (ii) análisis de la estructura del mercado relevante definido: concentración, dominancia, competencia potencial y barreras a la entrada; (iii) análisis de los potenciales riesgos para la competencia en caso de perfeccionarse la operación: efectos unilaterales y coordinados; y (iv) estudio de las eficiencias que contrapesen dichos riesgos. Dependiendo del nivel de complejidad de cada caso, el análisis de la **SIC** podrá omitir una o varias de las etapas antes mencionadas. El análisis se hará caso por caso.

NORMATIVIDAD APLICABLE

7. El procedimiento aplicable es señalado por los artículos 9, 10 y 11 de la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, las cuales modificaron el capítulo segundo del título VII de la Circular Única de la **SIC**.



DEFINICIONES

8. Año fiscal: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto, el año fiscal comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año.

Barreras de entrada: En general, pueden entenderse como factores que retrasan, reducen o impiden la entrada de nuevas empresas a un mercado determinado. En consecuencia, las barreras de entrada pueden facilitar el ejercicio de poder de mercado¹.

10. Barreras de expansión: En general, pueden entenderse como factores que retra-

¹ Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 29937 de 2010.

san, reducen o impiden el crecimiento de quienes compiten en un determinado mercado. Al igual que las barreras de entrada, la existencia de barreras de expansión puede facilitar el ejercicio de poder de mercado.

11. Es posible clasificar las barreras de entrada y de expansión en dos categorías:

- Barreras estructurales: Surgen de las condiciones básicas del mercado como los costos, la demanda, la tecnología requerida, entre otras. Algunos ejemplos de la existencia de barreras estructurales son: (i) La existencia de economías de escala; (ii) la existencia de altos costos hundidos y de lenta recuperación; (iii) la existencia de un competidor (o un grupo reducido) que controla un activo esencial e irremplazable para la producción de un bien o servicio; (iv) cuando competidores del mercado tienen acceso a una tecnología superior, de difícil acceso para un competidor entrante o para competidores rezagados; y (v) cuando existen economías de red en el mercado.

- Barreras legales: En general corresponden a disposiciones gubernamentales como la exigencia de licencias de operación, la protección de derechos de propiedad intelectual, límites a la participación de las empresas en el mercado, entre otras.

12. Cadena de valor: En los términos de la Resolución No. 10930 de 2015 es el:

“(...) conjunto de actividades a partir de las cuales es posible generar un ordenamiento en el que el producto obtenido en una actividad resulta ser insumo para otra. De

esta manera, cada actividad o eslabón le adiciona sucesivamente valor a los bienes o servicios al momento de analizar tal proceso desde la generación del producto hasta que llega al consumidor final”.

13. Integración horizontal: Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que compiten en el mismo eslabón de una cadena de valor, en un mismo mercado relevante.

14. Integración vertical: Es aquella integración que se presenta entre agentes de mercado que participan en diferentes eslabones de una misma cadena de valor.

15. Control: En los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se define el 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”.

El ejercicio del control puede ser de manera directa o indirecta, o incluso puede existir un control conjunto ejercido por dos o más empresas sobre otra en el mercado².

16. Cuota de mercado: Es una medida del tamaño relativo de una empresa en un mercado relevante determinado. La variable sobre la que se efectúa dicho cálculo puede variar dependiendo del mercado correspondiente y la actividad principal desarrollada por las empresas. Las variables generalmente utilizadas

² Ver Integración Isagen/EEB, Resolución No. 5545 de 2014 y Resolución No. 32185 de 2014.

corresponden, entre muchas otras, al valor de las ventas, volumen de las ventas, capacidad de producción, volumen y/o valor de importaciones y número de clientes.

17. Deber de informar: Obligación prevista en la Ley 1340 de 2009, según la cual las empresas tienen el deber de informar previamente a la **SIC** sobre las operaciones que se proyecten llevar a cabo para efectos de realizar una integración, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada. El deber de informar puede darse en una de dos modalidades: (i) Notificación; y (ii) solicitud de pre-evaluación.

18. Empresa: La noción jurídica de empresa se establece en el artículo 25 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”.

19. Forma jurídica de una integración: Hace referencia a la modalidad o vehículo jurídico a través del cual se materializa un cambio en la situación de control de una o más empresas, líneas de negocio y/o activos. Puede ser, por ejemplo, una adquisición de acciones, compra de activos, fusión, escisión, creación de una empresa, alianzas empresariales, contratos de franquicia, entre otras.

20. Grupo empresarial: De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, se presenta cuando entre una sociedad matriz y sus su-

bordinadas y/o filiales existe un vínculo de subordinación y una unidad de propósito y dirección. Hay unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persiguen la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que esta ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social o actividad individual de cada una de las empresas³. En todo grupo empresarial se infiere la unidad de control.

21. Intervinientes en una integración:

En los términos de la Resolución No.10930 de 2015, deben entenderse como intervinientes:

- “(...) aquellas empresas que hacen parte de la operación de integración que se proyecta realizar y que ejercen una misma actividad económica o pertenecen a la misma cadena de valor y que puede tener efectos en el mercado nacional”.

La definición de interviniente debe ser entendida, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, como “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”.

22. Mercado relevante: Mercado en el que se afectaría la competencia como consecuencia de la operación de integración. Está compuesto por el mercado de producto y el mercado geográfico. Cuando se hace referencia al mercado de producto, este concepto

³ Superintendencia de Sociedades. Resolución No. 2467 del 18 de septiembre de 1997.

incluye los bienes o servicios coincidentes de las intervinientes, o aquellos que pertenezcan a una misma cadena de valor.

23. Notificación: Una de las modalidades del deber de informar previsto en la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, consistente en la obligación de notificar a la **SIC**, previo a su perfeccionamiento, una operación de integración que cumpla con los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y en la cual las empresas intervinientes cuenten en conjunto con menos del 20% en cada uno de los mercados involucrados.

24. Participante del mercado: Se considera que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: (i) Que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control); o (ii) que aunque en el momento específico de la integración el agente económico no obtenga ingresos en el mercado involucrado, exista evidencia de que cuente con la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras) y haya ejecutado acciones que le permitan a la Autoridad considerar que realizará transacciones y obtendrá ingresos en dicho mercado en el futuro cercano⁴.

25. Producto: En los términos del numeral 6 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es “todo bien o servicio”.

⁴ Ver Integración Éxito/Super Inter, Resolución No. 54416 de 2014 y caso Alienergy/Molinos Roa/Molinos Florhuila, Resolución No. 3/03 de 2013.

26. Solicitud de pre-evaluación: Una de las modalidades del deber de informar previsto en la Ley 1340 de 2009, la Resolución No. 10930 de 2015 y demás normas concordantes, consistente en la obligación de presentar una solicitud de autorización a la **SIC**, de manera previa al perfeccionamiento de una operación de integración, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y las empresas intervinientes cuenten en conjunto con más del 20% de cada uno de los mercados involucrados.

27. Sustituibilidad de la demanda: Medida del grado en que los productos son considerados intercambiables por el consumidor usuario, porque presentan características similares, satisfacen las mismas necesidades y tienen precios similares. La sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda determina los productos que generan una presión competitiva hacia una empresa respecto de un bien determinado, lo cual podría disminuir o incrementar el efecto restrictivo de una integración, según sea el caso.

28. Sustituibilidad de la oferta: La sustituibilidad de la oferta mide el grado en que otros actores estarían en condiciones de transformar su producción actual, en corto plazo y con costos razonables, y dirigirla hacia los productos que hacen parte del mercado relevante.

PROCEDIMIENTO DE PRE-EVALUACIÓN

Etapas

Fase I. Evaluación preliminar:

29. Esta etapa tiene una duración máxima de 30 días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de pre-evaluación completa por parte de las intervinientes. Una vez radicada la solicitud, la **SIC** tiene 3 días hábiles, contados a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud, para ordenar la publicación de la operación de integración presentada en la página web de la Entidad, siempre y cuando considere que la información allegada está completa, en los términos del numeral 2.2 de la Resolución No. 10930 de 2015.

30. Las intervinientes podrán solicitar a la **SIC**, antes de la presentación de la solicitud de pre-evaluación, la realización de una reunión preliminar para la revisión de las condiciones de la operación y la documentación requerida. Lo anterior, con el fin de brindar orientación y facilitar la presentación posterior de la operación, para dar inicio a un trámite de pre-evaluación.

31. La reunión preliminar será coordinada por el Grupo de Integraciones Empresariales, previa solicitud de las intervinientes realizada con cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha propuesta para su celebración.

32. La mencionada reunión preliminar, no exime a las empresas del cumplimiento de lo dispuesto en la Guía de Pre-evaluación contenida en el Anexo 1 de la Resolución No. 10930 de 2015. Asimismo, la realización de la misma no tiene incidencia alguna en los tiempos

previstos en la Ley 1340 de 2009 para adelantar trámites de pre-evaluación, pues esta se llevaría a cabo antes de su inicio, sin comprometer de manera alguna los términos con los que cuenta la **SIC** para su análisis y decisión.

33. Surtido el trámite de la publicación en la página web de la Entidad, quien lo considere pertinente contará con diez (10) días hábiles para allegar a la Entidad las respectivas observaciones o comentarios que surjan respecto de la integración que se pretende realizar.

34. Por su parte, quien pretenda ser reconocido como tercero interesado dentro de la actuación, contará con quince (15) días hábiles contados a partir de la publicación en la página web de la Entidad para allegar la solicitud sustentando su calidad de consumidor o competidor y aportar y/o solicitar pruebas.

35. Los plazos anteriores no interrumpen el término para efectos del pronunciamiento final de la Entidad.

Fase II. Estudio de fondo:

36. Si dentro de los treinta (30) días hábiles previstos para la primera fase, la **SIC** no cuenta con elementos suficientes que permitan otorgar la autorización sin condicionamientos a la operación de integración, bien porque la información recaudada no permite descartar potenciales restricciones indebidas de la competencia derivadas de la operación, o porque de la evidencia recabada se desprenden eventuales preocupaciones en materia de competencia, la **SIC** dará paso a la segunda fase del trámite y así lo comunicará a las intervinientes.

37. Esta fase está prevista para que la **SIC** recaude información adicional, que pueda considerarse útil para efectos de profundizar el análisis de la operación proyectada. El término previsto para la segunda fase es de tres (3) meses calendario contados a partir de la fecha en que haya sido recibida la totalidad de la información solicitada en el oficio enviado por la **SIC** donde se informa a las intervinientes el inicio de la segunda fase.

38. En caso de que durante el estudio de fondo de una operación de integración la **SIC** considere necesario requerir a las intervinientes información adicional a la solicitada, en el oficio enviado por la **SIC** donde se informa a las intervinientes el inicio de la segunda fase podrá efectuar un requerimiento de información, caso en el cual la respuesta completa que den las intervinientes al mismo dará paso al conteo de los tres (3) meses calendario que tiene la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado.

39. Sin perjuicio de lo anterior, la **SIC** podrá realizar requerimientos de información adicionales en el transcurso del estudio de fondo de una integración, tanto a las intervinientes como a terceros. Estos requerimientos adicionales no interrumpirán ni reiniciarán el término de tres (3) meses con los que cuenta la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado.

40. En caso de que las intervinientes aportaran la totalidad de la información señalada en los anexos 1 y 2 de la Resolución No. 10930 de 2015 desde el inicio del trámite de pre-evaluación, y no fuera necesario requerir información adicional para el estudio de fondo de la integración, los tres (3) meses que tiene la **SIC** para decidir de fondo el trámite iniciado, contarían a partir de la fecha de comunicación a las intervinientes del oficio donde se informa el inicio de la segunda fase.

CONTROL

41. El régimen de protección de la competencia define el concepto de control en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Control es la posibilidad de influir en las decisiones de otra empresa que se encuentren relacionadas con la forma en que se comporta en el mercado, a saber: (i) La política empresarial; (ii) la iniciación, terminación o variación de la actividad económica a la que se dedica la empresa; (iii) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

42. El elemento esencial de la definición de control es que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de la otra.

43. No se requiere una demostración de que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se ha materializado en el pasado, tampoco es necesario demostrar que se materializará en un futuro cercano, la sola posibilidad de influenciar, es suficiente para que exista control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

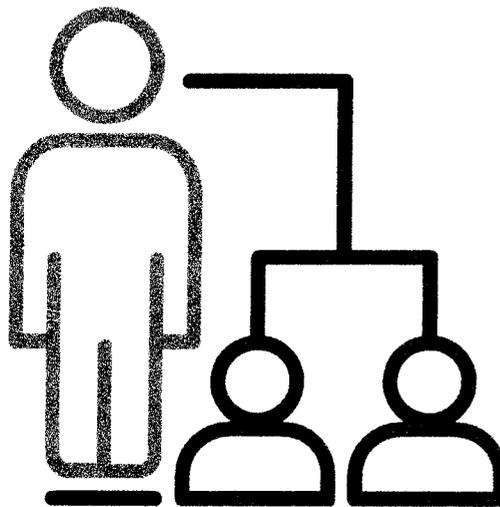
Tipos de Control

44. Existen diferentes tipos de control, dependiendo de las condiciones particulares de cada agente del mercado. El control puede ser exclusivo o conjunto, dependiendo de si el mismo se ejerce de manera individual o mediante dos (2) o más empresas. De igual forma, el control puede ser positivo o negativo, dependiendo de si se cuenta con la facultad de determinar las decisiones que afectan el desempeño competitivo de la empresa o de vetar las decisiones estratégicas que afecten materialmente el desempeño competitivo de las empresas⁵.

⁵ Ver integración Isagen/EEB, Resolución No. 5545 de 2014 y Resolución No. 32185 de 2014.

45. No todos los tipos de control suponen que el accionista controlante y la empresa controlada puedan considerarse como un solo agente económico en el mercado desde la perspectiva del derecho de la competencia. Solamente en aquellas situaciones en que además de configurarse una situación de control desde el punto de vista del derecho de la competencia (es decir se ejerza una influencia material) y también se configure una situación de control desde el punto de vista del derecho societario, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se podrá hablar de que la empresa controlante y la empresa controlada constituyen un solo agente económico para el derecho de la competencia.

46. En conclusión, solo en aquellos casos en que la empresa controlante ejerza una subordinación desde el derecho societario (bien sea porque posee más del 50% de las acciones con derecho a voto; o porque puede elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; o porque mediante un acto o negocio ejerce una influencia dominante), se podrá afirmar que la controlada y la controlante son un solo agente económico.



EXCEPCIÓN DEL DEBER DE INFORMAR

47. Las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos artículo 261 del Código de Comercio, estarán exentas del deber de notificación e información ante la **SIC**, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015.

SUPUESTOS PARA INFORMAR

48. La normatividad se ha referido de manera genérica al término empresa para efectos de denominar de forma general a la gran variedad de sujetos que se encuentran sometidos al régimen de integraciones empresariales. Sin embargo, los sujetos que se entienden sometidos al régimen de integraciones empresariales no son sólo empresas, sino también otro tipo de sujetos, como por ejemplo: las personas jurídicas de cualquier tipo legalmente constituidas en Colombia, las personas jurídicas extranjeras que realizan actividades de carácter contractual, o poseen bienes o derechos reales en el territorio colombiano o con efectos en el mismo, o participan en sociedades colombianas y actúan en las mismas dentro de los presupuestos legales del control o grupo empresarial. También se entenderán sujetas a la norma aquellas personas naturales que realicen actividades de carácter comercial o mercantil.

49. Se entenderá que estos sujetos se encuentran cobijados por la norma, en la medida en que

las operaciones comerciales deban surtirse en territorio colombiano o sus efectos se materialicen en Colombia. Así las cosas, las empresas que proyecten llevar a cabo una integración económica, sin importar la forma jurídica de la misma, deberán informarla a la **SIC**, cuando se cumplan los supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, y que son:

- (i) El supuesto subjetivo.
- (ii) El supuesto objetivo.

Supuesto subjetivo

50. El supuesto subjetivo está relacionado con: (i) Aquellos participantes del mercado que realizan una misma actividad económica, esto es, si producen o comercializan los mismos bienes, o prestan el mismo tipo de servicio; y (ii) aquellos participantes que pertenecen a una misma cadena de valor⁶, en los términos previstos en esta Guía.

Supuesto objetivo (Test de activos e ingresos operacionales)

51. El supuesto objetivo hace referencia al umbral, medido en ingresos operacionales o activos totales de las intervinientes, a partir del cual surge la obligación de informar una operación de integración empresarial. Son dos los requisitos, advirtiéndose que sólo es necesario cumplir con uno de los dos requisitos anteriormente expuestos para satisfacer el elemento objetivo⁷:

- a) Que las empresas intervinientes, en conjunto o individualmente consideradas, hayan obtenido durante el año fiscal

⁶ Artículo 9, Ley 1340 de 2009.

⁷ En el caso de compañías extranjeras las cifras de activos e ingresos operacionales se calculan en pesos con el cambio oficial a la fecha de elaboración del estado financiero correspondiente.

anterior a la operación proyectada, ingresos operacionales superiores al monto que en salarios mínimos legales mensuales vigentes haya establecido la **SIC**, o

b) Que, al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada, las empresas intervinientes, en conjunto o individualmente, tuviesen activos totales superiores al monto que en salarios mínimos haya establecido la **SIC**.

52. Para determinar los ingresos operacionales y los activos totales, únicamente se tendrán en cuenta aquellos obtenidos o ubicados en territorio nacional, tanto por las empresas intervinientes, como por aquellas empresas que cumplan las siguientes condiciones: (i) Se encuentren vinculadas en virtud de una situación de control con las empresas intervinientes; y (ii) desarrollen la misma actividad económica o se encuentren en la misma cadena de valor de las empresas intervinientes.

53. Por otro lado, la norma establece un tercer umbral que no hace parte de los supuestos, pero que determina el trámite que las intervinientes deberán adelantar ante la **SIC**.

54. Cuando las intervinientes en la operación tienen en conjunto el 20% o más del mercado relevante, tendrán el deber de informar a la **SIC**, mediante el trámite de pre-evaluación, la operación para efectos de poder integrarse. En caso contrario, si bien la operación se entiende autorizada, las empresas deberán informar a la **SIC** previamente la operación, mediante el trámite de notificación.

55. Así las cosas, las operaciones deberán ser informadas mediante el trámite de pre-evaluación, si las empresas cumplen con:

- El supuesto subjetivo
- El supuesto objetivo (es decir, si los activos o ingresos operacionales, según sea el caso, superan los montos previstos) y,
- Si tienen el 20% de participación en el mercado.

56. Una vez informada la operación, la **SIC** podrá aprobarla, objetarla o condicionarla.

57. Las operaciones deberán ser notificadas si las empresas cumplen con:

- El supuesto subjetivo
- El supuesto objetivo (es decir, si los activos o ingresos operacionales, según sea el caso, superan los montos previstos), pero
- En conjunto cuentan con menos del 20% de participación en el mercado relevante, caso en el cual se entenderá autorizada la operación.

DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

58. La definición del mercado relevante busca establecer cuál es el conjunto de agentes, bienes o servicios y sus precios correspondientes, cuya producción, abastecimiento, distribución o consumo debe ser examinado con el objeto de determinar quiénes están sometidos a informar operaciones de integración económica, así como los efectos restrictivos o benéficos sobre la competencia que puedan derivarse de la misma. Con el fin de delimitar el mercado relevante correctamente, éste debe comprender todas las alternativas disponibles para los consumidores de los productos fabricados u ofrecidos por las empresas que se están integrando e incluir aquellas fuentes que los participantes del mercado consideran su competencia. La definición del mercado relevante es propia de los trámites de autorización de integraciones empresariales y puede no realizarse por parte de la autoridad en otras actuaciones administrativas, como por ejemplo, en investigaciones sancionatorias por casos de cartelización empresarial.

59. La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas: (i) La dimensión desde el punto de vista del producto, (ii) la dimensión geográfica. La dimensión del mercado producto se refiere al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos, mientras que la dimensión geográfica hace referencia al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma, pueden influir de manera rentable en el precio, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación y otras condiciones de competencia propias del mer-

cado analizado. El mercado geográfico puede ser local, regional, nacional o mundial con efectos en Colombia.

Mercado relevante de producto

60. En primera instancia, se determina el sector donde los participantes del mercado desarrollan su actividad, con el fin de realizar un diagnóstico general sobre las características del mercado donde se localizan. Es importante “conocer el negocio” en el cual las empresas desarrollan su actividad para entender su comportamiento y el de sus competidores.

61. Para identificar el mercado de producto se tienen en cuenta fundamentalmente factores del lado de la demanda. Adicionalmente, se analizan otras características del mercado que eventualmente pueden incidir en la determinación del precio.

Consideraciones del lado de la demanda

62. Es importante contar con la mayor información posible proveniente de las empresas intervinientes, ya que son quienes mejor conocen su actividad. Para ello se solicitan todos los estudios de mercado de que dispongan, así como la descripción de los productos o servicios en términos de características, usos, precios y cantidades vendidas. Igualmente, se solicita información sobre los productos considerados como sustitutos justificando razonablemente dicha sustitución.

63. Para establecer correctamente aquellos bienes y/o servicios que pueden ser considerados como sustitutos por los consumidores, es necesario analizar factores que determinan el grado de sustitución de los productos o servicios.

64. De esta manera, el mercado de producto deberá incluir aquellos productos hacia los cuales se desplazarían los consumidores en caso de que se produjera un incremento pequeño no transitorio y significativo en el precio de cualquiera de los productos o servicios ofrecidos por las empresas a integrarse, permaneciendo el precio de los demás productos y/o servicios constante (test del monopolista hipotético).

Características del producto o tipo de servicio prestado

65. Con el fin de definir si las características del producto o servicio son similares a las de otro candidato a sustituto, se estudia si las materias primas utilizadas, ingredientes activos⁸, insumos utilizados o características específicas y forma de prestación del servicio son equivalentes, de tal forma que las propiedades físicas, técnicas y características generales que definen los productos o servicios los hacen sustituibles para el consumidor. De esta manera, las características de los productos o servicios son el primer indicio para establecer la sustituibilidad, sin embargo, éste no es un elemento concluyente por lo que se estudian otros atributos del producto o servicio.

66. Al tratarse de un servicio, en la definición del mercado relevante de producto, las características que permiten definir si existen servicios sustitutos serán distintas a las que se tienen en cuenta para una empresa productora o distribuidora. Así, cuando hacemos referencia a los servicios, algunas de las características a tener en cuenta son la cobertura del servicio, oportunidad y agilidad, disponibilidad, garantías ofrecidas y cumplimiento.

⁸ Por ejemplo para el análisis de integraciones del sector farmacéutico.

Usos generales del producto (finalidad del servicio)

67. El grado en que dos productos o servicios son funcionalmente intercambiables es una fuente importante para determinar si es probable que exista sustitución entre ellos. No obstante, se trata de una condición necesaria más no suficiente para que dos productos sean sustitutos entre sí, ya que los usos están definidos según las características del consumidor o usuario, sus preferencias y hábitos. Para efectos de este análisis, se recurre a estudios de mercado, estudios sobre el comportamiento habitual de los consumidores y sus actitudes y tendencias de consumo. De no disponer de estos estudios se recurre a encuestas a consumidores.

Precio del producto

68. Existen diferentes herramientas cualitativas y cuantitativas que permiten analizar el comportamiento de los precios de los productos.

69. Una de ellas es la estimación de elasticidades que permite determinar cambios en la cantidad demandada de un producto frente a cambios en su precio y cambios en el precio de los productos sustitutos. Así, la elasticidad precio de la demanda permite cuantificar las variaciones porcentuales en la cantidad demandada ante cambios porcentuales en el precio del producto. Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda permite cuantificar en qué medida el incremento del precio de un producto ocasiona un desplazamiento de sus consumidores hacia la demanda de otro producto porcentualmente hablando. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor o

usuario, mayor será el desplazamiento de los consumidores del primero hacia el segundo, como consecuencia de un aumento significativo y no transitorio del precio del primero, manteniendo las demás variables constantes.

70. Teóricamente, la elasticidad cruzada de la demanda es positiva para productos sustitutos y será mayor cuanto mayor es la sustituibilidad entre ellos. Por el contrario, la elasticidad cruzada de la demanda es negativa para productos complementarios y cercana a cero cuando los productos no tienen ninguna relación entre sí, es decir, cuando sus demandas son independientes.



71. La elasticidad permite conclusiones más acertadas sobre la sustituibilidad entre productos o servicios; sin embargo, en la mayoría de los casos, su cálculo requiere de información estadística sobre series de precios, cantidades vendidas, estacionalidad de la demanda y otras variables que afectan la demanda de los productos producidos y/o distribuidos no sólo por las empresas intervinientes, sino también por los competidores⁹.

⁹ Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 2993/ de 2010 e integración Pepsi/Postobón, Resolución No. 79/16 de 2015.

72. La **SIC** preferirá, en caso de contar con la información necesaria, definir los productos o servicios que hacen parte de un mercado relevante mediante el cálculo de elasticidades. Sin embargo, de no contar con la información necesaria para estimar estas variables, serán utilizadas otras herramientas técnicas que le permitan inferir, a través del comportamiento de los precios y las ventas, cuál es el mercado relevante de producto afectado con la operación de integración.

73. La correlación de precios es otra herramienta estadística utilizada para la definición del mercado relevante de producto. Así, si dos productos o servicios pertenecen al mismo mercado relevante, sus precios tenderán a moverse en la misma forma en el tiempo por lo que si los precios de dos productos o servicios evolucionan en términos absolutos o relativos con un alto grado de correlación, se puede inferir que forman parte del mismo mercado relevante. La ausencia de una fuerte correlación en los movimientos de precios entre dos productos y/o servicios por un período significativo previo a una integración, sugiere que no hacen parte del mismo mercado relevante de producto.

74. Sin embargo, es necesario advertir que esta evidencia es indicativa, más no suficiente, para determinar si dos productos hacen parte del mismo mercado relevante. Por lo anterior, al utilizar el test de correlación se corre el riesgo de incluir dentro de un mismo mercado relevante dos productos o servicios cuyos precios hayan evolucionado de forma similar debido al comportamiento de factores comunes (por ejemplo la inflación o el aumento del precio de algún insumo en común), pero no porque pertenezcan al mismo mercado relevante. Por lo tanto, para evitar el riesgo de incluir dentro del

mismo mercado relevante productos o servicios que pertenecen a mercados distintos, los test de correlación serán utilizados solamente para descartar que dos productos o servicios pertenezcan al mismo mercado.

75. La aplicación de las herramientas descritas se utilizarán siempre y cuando las empresas en estudio presenten todos los antecedentes necesarios y suficientes para efectuarlo. En la generalidad de casos, será necesario tener como mínimo factores cualitativos, tales como el análisis del comportamiento y las estrategias usuales adoptadas por los consumidores frente a cambios en los precios relativos de los productos o servicios estudiados y los costos de cambio que pueden inhibir a un número grande de consumidores para optar por otros productos para el mismo fin. Es importante que, en los casos en que no exista información de precios y/o cantidades para el desarrollo de análisis cuantitativos, las empresas intervinientes aporten estudios de mercado recientes que permitan apoyar el análisis cualitativo y llegar a conclusiones razonables sobre la sustituibilidad.

76. También debe tenerse en cuenta al momento de analizar los precios que el precio observado no se encuentre ya distorsionado por el ejercicio previo de un poder de mercado. Este fuere el caso, las conclusiones sobre el comportamiento del mercado ante un aumento en precios podrían ser incorrectas.

Otras características del mercado

77. Teniendo en cuenta que no todos los mercados son iguales, en algunas ocasiones es necesario incluir en la definición de mercado relevante el análisis de otros factores como:

(i) Competencia indirecta; (ii) mercados de dos lados (economías de red); (iii) productos secundarios o conexos; (iv) autoabastecimiento y; (v) limitaciones asimétricas, entre otros.

78. La competencia indirecta se refiere a aquellos productos que no son sustitutos directos, pues están dirigidos a satisfacer las mismas necesidades del consumidor final.

79. Respecto de los mercados de dos lados, es necesario incluirlos en la definición del mercado relevante, toda vez que en estos se encuentra una plataforma que actúa como el oferente y dos tipos de consumidores diferentes que interactúan entre sí, en presencia de economías de red, siendo necesaria la existencia de la mencionada plataforma, de tal forma que permita que los usuarios de dos bienes o servicios se encuentren¹⁰.

80. Los productos secundarios o conexos son aquellos que son adquiridos como consecuencia de la compra de un producto primario¹¹.

81. Finalmente, las limitaciones asimétricas implican que no en todos los casos bajo estudio el mercado relevante es el mismo, lo anterior debido a que, en algunos mercados de bienes y servicios donde dos bienes pertenecen al mismo mercado relevante, el primero resulta ser un buen sustituto del segundo, pero no al contrario¹².

¹⁰ Los periódicos son un ejemplo de mercado de dos lados ya que, además de ser un elemento informativo para un grupo de consumidores (lectores), son también un espacio de publicidad y propaganda para otro tipo de consumidores (anunciantes).

¹¹ Por ejemplo, el mercado de repuestos automotrices es conexo al mercado de la venta de carros, toda vez que un consumidor acude al mercado de repuestos automotrices en la medida en que debe reparar un vehículo.

¹² Por ejemplo, en los mercados de telecomunicaciones como la telefonía móvil y la fija, el primero resulta ser un buen sustituto de la segunda pero no al contrario.

82. La **SIC** definirá cuidadosamente el mercado relevante con el fin de delimitar de la forma más precisa el marco en el cual se realiza el análisis que permite determinar si en virtud de la operación, el ente integrado puede influir de manera significativa en las condiciones de venta, especialmente al imponer precios y/o limitar la producción, distribución o prestación del servicio.

Mercado relevante geográfico

Integraciones horizontales

83. La definición del mercado relevante geográfico consiste en determinar el área mínima necesaria para que las empresas, actuando hipotéticamente como una sola, encuentren rentable aumentar sus precios siempre y cuando los precios de todos los productos relevantes vendidos en otras áreas geográficas permanezcan constantes. Es así como se define la zona en la que los participantes del mercado desarrollan sus actividades, en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas debido a que las condiciones de competencia en ella son diferentes o potencialmente diferenciables.

84. Primero se determinará el área donde las actividades de las empresas intervinientes se traslapan. Luego se observan los costos de transporte y la localización de los compradores. Partiendo de la ubicación de las plantas de producción y/o puntos de distribución se irá ampliando el mercado geográfico hacia aquellas regiones donde el consumidor tiene acceso a los productos o servicios en igualdad de condiciones, sin incurrir en mayores costos que hagan que la decisión de compra sea otra.

85. Para una correcta definición de los límites del mercado geográfico, se tendrá en cuenta la participación de las empresas en las áreas analizadas y el comportamiento pasado de los consumidores. Es importante analizar las características físicas del producto¹³, costos de cambio¹⁴, costos de transporte, precios relativos de los productos, patrones de carga y bodegaje, frecuencia de despacho, competencia de importaciones o del exterior, entre otros aspectos¹⁵.

86. Adicionalmente, la **SIC** analizará la presión competitiva que ejerce el mercado externo en los bienes transables. Para lo anterior se podrá obtener información respecto del volumen de las importaciones del producto o los productos que conforman el mercado relevante, analizando si existen barreras para el ingreso de los mismos. Por lo tanto, de ser necesario, se evaluará si existen demoras en la entrega, volumen mínimo, pagos anticipados en efectivo, diferencias entre el precio de importación y precio interno, la logística misma de la importación y la accesibilidad a los puertos de desembarque, entre otros.

Integraciones verticales

87. En relación con las integraciones verticales, el análisis anterior se realizará para cada uno de los mercados relevantes donde participen las empresas intervinientes que proyectan la integración y que sean parte de la misma cadena de valor.

¹³ Son aquellos factores o atributos propios de un bien o producto que determinan sus usos. Adicionalmente también permiten diferenciarlo de otros bienes. Entre las características físicas de los productos podemos encontrar: presentación, diseño, forma, perecibilidad, marca, etc.

¹⁴ Los costos de cambio se refieren a aquellos costos en que incurren los consumidores cuando cambian los productos que en la actualidad consumen por productos que son ofrecidos en otras áreas geográficas. Dentro de este concepto se tienen en cuenta tanto el valor de los productos como el tiempo en que incurren los consumidores para realizar el cambio.

¹⁵ Ver integración Éxito/Cafam, Resolución No. 381/1 de 2010; Integración Bodytech/Norvic Fitness, Resolución No. 43425 de 2017 e Integración Terpel/EDS Las Vegas, Resolución No. 30853 de 2015.

88. El mercado geográfico relevante estará definido en función de las fuentes alternativas de aprovisionamiento de las materias primas o insumos requeridos por las empresas competidoras de la empresa interviniente ubicada aguas abajo, su capacidad para abastecerse de distintos proveedores ubicados en diferentes áreas geográficas, así como evaluar las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos de la empresa interviniente ubicada en la fase de producción -aguas arriba- para atender al cliente.

89. El análisis de delimitación del mercado geográfico, por lo tanto, permite establecer qué tan significativo es el costo de adquirir un área determinada el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto o servicio satisfaga la demanda en las mismas condiciones de competencia. Los criterios para definir el mercado geográfico en cada etapa de la cadena de valor son los mismos que se describieron para las integraciones de tipo horizontal.

Competidores y cuotas de participación

90. Una vez definido el mercado relevante e identificados los competidores que participan en éste, se procede a calcular las cuotas de participación.

91. Para el cálculo de las participaciones se deberán verificar las cifras de valor de las ventas, volumen de ventas o cualquier otra variable que se considere adecuada¹⁶, dependiendo del mercado, de al menos el año inmediatamente anterior a aquel en que se realizará la operación de integración.

¹⁶ Las variables generalmente utilizadas son: producción, ventas en unidades, valor de ventas, capacidad instalada, número de superficies, área de superficie, número de clientes, etc.

92. Así mismo, se tendrán en consideración los siguientes factores:

93. Grado de diferenciación y sustituibilidad de los productos y servicios: en integraciones horizontales, si los productos son homogéneos y los proveedores utilizan sistemas de producción similares, una de las variables utilizadas para efectuar dicho cálculo es la capacidad instalada. En productos diferenciados por su calidad o su precio, sería más apropiado el cálculo con base en los ingresos por ventas.

94. Análisis dinámico de las cuotas: se analizarán las variaciones de las cuotas de mercado en un periodo de tiempo significativo. El objeto de comparar la cuota de mercado de las empresas antes y después de la operación es medir el impacto en el nivel de concentración que se da con la operación de integración.

95. Grado de madurez del mercado: generalmente, los efectos derivados de una integración son mayores en mercados maduros donde se agotan las posibilidades de nuevos entrantes y donde la innovación no representa un factor determinante.

96. Tamaño relativo de las empresas: es importante tener en consideración la diferencia entre las cuotas de participación de las empresas que proyectan la integración y las de sus inmediatos competidores. Dicho factor está relacionado directamente con la importancia de las empresas que se integran, dado que no es lo mismo que se integren las empresas líderes de un mercado a que lo hagan una empresa líder y una seguidora que no tenga un poder de mercado representativo o su participación sea pequeña en relación con la de las líderes (análisis de las cuotas en valores absolutos y relativos).

Análisis de las cuotas de participación

97. Las cuotas de participación son indicadores del poder de mercado y del dominio de una empresa. Sin embargo, son indicadores que pueden estar sesgados en razón a que sólo tienen en cuenta elementos endógenos al mercado relevante. La **SIC** utilizará la participación de mercado de las intervinientes para determinar si las mismas pueden restringir la libre competencia como resultado de la operación de integración. Así, si como consecuencia de la operación planteada la estructura del mercado no se modifica sustancialmente, en principio no sería necesario un análisis más detallado que incluya barreras a la entrada y otros factores.

98. Incluso si el mercado se concentra como consecuencia de la integración, la operación no necesariamente resulta en la creación o fortalecimiento de una posición de dominio. Para confirmar los efectos de la operación, la **SIC** realizará un análisis de indicadores de asimetría y dominancia.

99. En las integraciones verticales se realizará el análisis de las cuotas de participación para cada uno de los mercados relevantes involucrados en la operación. En el eslabón superior de la cadena, se determinarán las cuotas de participación de las empresas proveedoras de insumos incluyendo las importaciones, basadas en el nivel de ventas, volumen, y cualquier otro indicador dependiendo de la naturaleza de la transacción. En el eslabón inferior de la cadena, se calcularán cuotas de mercado con base en el nivel de ventas en pesos y/o volumen para determinar qué empresas requieren de los mencionados insumos

y a quiénes podrían abastecer los oferentes de insumos, diferentes a los involucrados en la operación de integración.

100. De otra parte, para evaluar si una integración podría reforzar o crear una posición de dominio, se utilizan indicadores que describen tanto el número como el poder de mercado relativo de los agentes. El índice comúnmente utilizado es el Índice Herfindahl-Hirschman (**IHH**)¹⁷, que se obtiene al sumar el cuadrado de las participaciones de mercado de cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante definido. En teoría, este indicador refleja el grado de integración del mercado.

101. Otros índices de concentración utilizados son: Número de Empresas Equivalentes (**NEE**)¹⁸, los índices LÍDER, CR2 y CR4. El indicador LÍDER representa la cuota de participación de la empresa líder en el mercado, mientras que los índices CR2 y CR4 representan respectivamente la suma de las cuotas de participación de las dos y cuatro primeras empresas en el mercado.

¹⁷ Se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las firmas que lo componen.

$$IHH = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde S_i es la participación porcentual de mercado de la firma i y N es el número de firmas presentes en el mercado. El IHH toma valores entre 0 (correspondiente a un mercado en competencia perfecta) y 10000 (que se obtiene cuando el mercado es un monopolio). De acuerdo al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio, niveles superiores a 2500 corresponden a mercados altamente concentrados. Para mayor detalle ver: Herfindahl, O. Concentration in the U.S. Steel Industry (Doctoral Dissertation). Columbia University, 1950; Hirschman, A. National Power and the Structure of Foreign Trade. Berkeley: University of California Press, Bureau of Business and Economic Research, 1945, y, U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. (2010). Horizontal Merger Guidelines.

¹⁸ El Número de Empresas Equivalentes consiste en el número de empresas de igual tamaño que generarían un valor determinado del IHH. Si el número de empresas existentes en el mercado analizado es mayor, entonces el valor del IHH obtenido se puede explicar por la desigualdad existente entre los tamaños de las empresas de la industria. Se calcula de la siguiente manera:

$$NEE = \frac{1}{IHH}$$

102. Adicionalmente, la **SIC** también utiliza el índice de asimetría de KWOKA¹⁹ y el índice de dominancia de STENBACKA²⁰, entre otros.

103. El índice de asimetría de KWOKA se centra en medir la simetría del tamaño de las firmas dentro de un mercado. Se enfoca en el patrón de distribución de las participaciones de mercado de los agentes. De esta manera, cuando existe gran diferencia entre el tamaño de las firmas, el índice tiende a su valor máximo (1). Por otra parte, cuando las participaciones de las firmas convergen, el valor del índice tiende a cero, independientemente de la cantidad de empresas en el mercado.

104. Por su parte, el índice de dominancia de STENBACKA es una medida para identificar cuándo una empresa podría tener posición dominante en un mercado determinado. Teniendo en cuenta la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, el índice de STENBACKA arroja un umbral de cuota de mercado después del cual la empresa líder posiblemente ostentaría posición de dominio.

19 El índice de KWOKA se concentra en la estructura de las participaciones de mercado de las empresas. De esta forma, cuando la desigualdad entre el tamaño de las empresas aumenta, se incrementa la dominancia y, consecuentemente, el índice se eleva. Este índice se determina mediante la siguiente fórmula:

$$KWOKA = \sum_{i=1}^{n-1} (s_i - s_{i+1})^2$$

de s_i están ordenadas de mayor a menor y corresponden a las participaciones de mercado de las empresas. El índice varía entre 0 y 1, siendo 1 el valor correspondiente a una estructura de mercado de monopolio. Al respecto ver: Kwoka, John, "Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries", *Southern Economic Journal*, Vol. 44, No. 1 (jul., 1977), págs.183-189.

20 La fórmula para calcular el umbral de STENBACKA es la siguiente:

$$S^D = g(S_1, S_2) = \frac{1}{2} (1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2))$$

Donde S_1, S_2 corresponden a las participaciones de mercado de las dos empresas más importantes, respectivamente. Por su parte, γ es un parámetro específico a cada industria y está relacionado con las barreras a la entrada, los instrumentos de política pública para incentivar la competencia, la regulación económica, la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros. Al respecto ver: Stenbacka et al, "Assesing Market Dominance", *Journal of Economic Behavior*, Vol. 58, Issue 1, (October 2008), págs. 63-72

105. De acuerdo con lo anterior, cualquier cuota de mercado superior a dicho umbral podría significar una posición dominante. Sin embargo, este índice constituye una primera aproximación ya que para determinar la posición dominante de una empresa son necesarios otros elementos de análisis.

EFFECTOS POTENCIALES DE LA OPERACIÓN

Integraciones horizontales

Efectos unilaterales con productos homogéneos

106. Los efectos de una operación de integración están vinculados al tipo de operación que se analiza. Así, para las integraciones horizontales, el primer efecto que puede producirse es la disminución en el número de competidores en el mercado relevante y el desincentivo a la entrada de competidores potenciales. Igualmente, como consecuencia de la integración, puede reforzarse la capacidad de una o de varias empresas para determinar las condiciones del mercado de manera independiente de los demás agentes participantes en él, circunstancia que puede conducir a una indebida restricción de la competencia. A este tipo de efectos se le denomina efectos "unilaterales". Se manifiestan, entre otros, en los siguientes elementos:

- La reducción de la competencia: esta se da cuando, como producto de la integración, se elimina a un competidor fuerte del mercado.

- Un alto nivel de concentración luego de la integración.
- El aumento notable de la distancia entre el líder y su inmediato competidor (dominio relativo).
- La capacidad de influenciar los precios (que puede medirse con los márgenes entre precios y costos - Price cost margins).
- El aumento de las barreras a la entrada.
- La variación sustancial en los niveles de concentración.
- El incremento de los costos de cambio (switching costs) de los consumidores y compradores.
- La reducción de probabilidades de entrada de nuevos competidores.

Efectos unilaterales con productos diferenciados

107. En el caso de productos diferenciados, los efectos generados se traducen en que las empresas pueden obtener un mayor beneficio derivado de la discriminación de precios, al tener luego de la integración, el control conjunto sobre el precio de los productos. De esta manera se logra fijar un mayor precio para aquellos consumidores que estén dispuestos a pagar más, conforme con su precio de reserva²¹. El riesgo que tenían las empresas antes de la integración, de perder ventas por el aumento del precio, se reduce como consecuencia de la integración al disminuir el número de competidores donde pueden acudir los consumidores que no estén dispuestos a pagar dicho precio.

²¹ Cantidad máxima que el comprador está dispuesto a pagar por un bien

En el mismo sentido, si hay menos productos sustitutos simétricos y asimétricos, los beneficios para las firmas integradas serán mayores.

108. Cuando los productos de las intervinientes compiten cercanamente y son diferenciados -ya sea por marca, calidad o cualquier otra variable- es probable que la operación de integración conduzca a efectos unilaterales. Para evaluar si como resultado de la operación se generarían este tipo de efectos, la **SIC** podrá analizar el cambio en los incentivos de fijación de precios que tendrá el nuevo ente integrado bajo el escenario donde controla ambos bienes diferenciados.

109. Los efectos unilaterales pueden surgir dado que un incremento del precio de un bien sería menos costoso bajo el escenario post-integración, donde ambos productos pertenecen a la misma persona jurídica o natural. Sin la operación de integración sería costoso para una de las firmas intervinientes incrementar el precio de su producto; un aumento en el precio de uno de los bienes desviaría a los consumidores hacía los productos producidos por la otra empresa interviniente y por las otras firmas competidoras. Así las cosas, el costo para una empresa de incrementar el precio de su bien en un escenario pre-integración está compuesto por dos elementos, a saber:

- La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda al producto ofrecido por la otra empresa interviniente; y
- La pérdida de las ventas a los consumidores que desvían su demanda a los productos ofrecidos por las empresas competidoras.

110. Tras la operación de integración, no es tan costoso para el ente integrado elevar el precio de cualquiera de sus productos ya que recuperará las ventas a los consumidores que desvían su demanda hacia el bien de la otra empresa interviniente.

111. En la evaluación de la probabilidad de que una operación de integración horizontal con productos diferenciados conduzca a efectos unilaterales perjudiciales, la **SIC** tendrá en cuenta entre otros, los siguientes factores:

112. Sustituibilidad: si los productos de las intervinientes son sustitutos cercanos, es más probable que surjan efectos unilaterales como resultado de la integración. Lo anterior, teniendo en cuenta que el ente integrado estará en capacidad de recuperar una porción significativa de las ventas que se desvían hacia otros bienes, en respuesta al incremento en el precio de uno de los productos de las firmas integradas. La razón de desviación²² (diversion ratio) del bien de una de las intervinientes hacia el bien de la otra interviniente, es un indicador útil para analizar la habilidad del segundo producto en limitar el precio del primero.

113. Márgenes de ingreso variable: en algunos casos, cuando los márgenes de ingreso variable de los productos de las intervinientes son elevados en relación al mercado, la aparición de efectos unilaterales como resultado de la operación es más probable, puesto que el ente integrado recapturará más ventas y el incremento del precio en uno de los bienes será menos costoso.

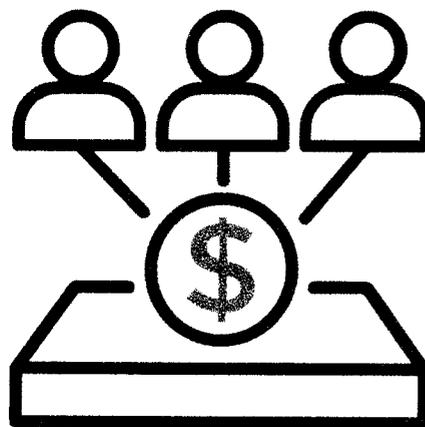
²² La razón de desviación entre el bien A y el bien B representa la porción de las ventas que se desviarían hacia el bien B (en contraposición a los bienes C, D, E, etc.) como la segunda mejor opción del consumidor, ante un incremento en el precio del bien A.

114. Sensibilidad al precio por parte de los consumidores: si los consumidores son poco sensibles a los cambios en los precios de los productos de las intervinientes, es más probable que la operación de integración conlleve efectos unilaterales. En este caso, un incremento en el precio de alguno de los bienes no ocasionará una reducción significativa de sus ventas, haciendo que dicho aumento en el precio sea menos costoso. La elasticidad de la demanda de un bien es un buen indicador para determinar la magnitud de la desviación de los consumidores ante un aumento de su precio.

115. La respuesta potencial de los competidores de las intervinientes ante cualquier intento de éstas de elevar el precio, también será considerada por la **SIC** en su evaluación.

Efectos coordinados

116. Del mismo modo, una integración horizontal puede dar origen a una coordinación entre el ente integrado y sus competidores inmediatos para restringir la oferta, aumentar el nivel de precios, etc. Un elemento importante a considerar es la evidencia previa de coordinación en el mercado correspondiente, previo a la realización de la integración.



117. Las características del mercado que facilitan la coordinación entre empresas son principalmente:

- Un número reducido de empresas, ya que la coordinación es más fácil en la medida en que disminuye el número de agentes a coordinar.
- Las estructuras de mercado oligopólicas con altos niveles de incertidumbre.
- Las cuotas de participación similares y las condiciones de competencia homogéneas.
- Los productos homogéneos y no durables.
- La facilidad para detectar empresas que no hagan parte de la coordinación y aplicación de retaliaciones para ellas.
- El tener incentivos para coordinarse.
- La existencia de altas barreras a la entrada.
- Ausencia de pequeñas firmas.
- Inelasticidad de la demanda.
- Demanda del mercado desconcentrada y decreciente en el tiempo.
- Las firmas principales venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución.
- La competencia en precios es la más importante.
- Alta proporción de costos fijos frente a costos variables.

118. Sin embargo, realizar un análisis integral que evalúe cada uno de los factores que generan un escenario favorable para la coordinación entre competidores es innecesario e incluso en algunos casos puede llegar a ser inmanejable para la autoridad de competencia. Por esto, para el análisis de posibles efectos coordinados, la **SIC** podrá identificar y priorizar los criterios más relevantes para la industria afectada por la operación de integración²³.

Integraciones verticales

119. Las integraciones verticales son generalmente pro-competitivas al generar eficiencia; sin embargo, pueden en algunos casos conducir a una indebida restricción de la competencia.

Efectos unilaterales de las integraciones verticales

120. En cuanto a los efectos unilaterales de las integraciones verticales, a diferencia de las horizontales, no desaparece un competidor del mercado. Sin embargo, estos efectos se traducen en el cierre de mercado por un incremento de los costos de los competidores en otro eslabón de la cadena. La anterior situación ocurre si, por ejemplo, las empresas intervinientes que elaboran materias primas incrementan su costo para favorecer a las empresas intervinientes ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor al obstruir a otros competidores o restringir su acceso al mercado. Estos efectos se darán si las cuotas de participación de las empresas productoras son suficientes para permitir dicha restricción y no existe competencia capaz de proveer esos insumos en el eslabón superior de la cadena. Igualmente, la restricción vertical puede darse cuando la

²³ Ver integración Yara/Abocol, Resolución No. 54049 de 2014.

empresa interviniente ubicada en el eslabón inferior de la cadena tiene una cuota significativa del mercado, lo que podría generar un cierre de mercado para los productores competidores de la interviniente productora, ubicada en el eslabón superior de dicha cadena de valor.

121. Para medir el efecto unilateral de las integraciones verticales, es preciso considerar la importancia que representa el insumo dentro de la estructura de costos de las empresas situadas en el eslabón inferior de la cadena. Entre mayor sea este nivel, mayor será el impacto de la integración vertical. Igualmente, se analizará el número de oferentes de dichos insumos y su procedencia. Si existe oferta suficiente de insumos, el incentivo para que las empresas integradas restrinjan la oferta o aumenten los precios de tales insumos se verá reducido.

122. También es importante determinar si existen bienes sustitutos en el eslabón superior de la cadena de valor, hacia los cuales puedan desplazar el consumo las empresas competidoras ubicadas en el eslabón inferior de la misma.

123. En resumen, los factores que se tendrán en cuenta para medir si existe un efecto unilateral en las integraciones verticales son:

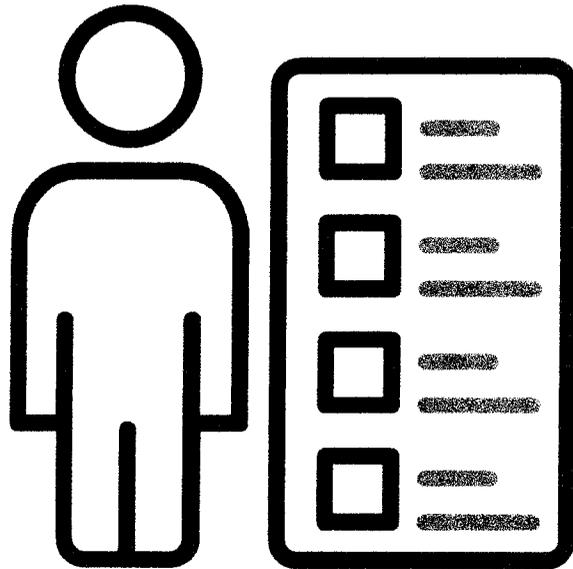
124. La capacidad de las empresas en el eslabón superior de la cadena de valor para incrementar los costos, reducir la calidad y desmejorar las condiciones comerciales en general a los clientes situados debajo de la cadena de valor y que compiten con la otra empresa integrada. Los factores que facilitan esta capacidad serán el poder significativo de mercado, la ausencia o reducida presencia de productos sustitutos y la ausencia de sustitución vía oferta.

125. La capacidad de las empresas no integradas que están ubicadas en el eslabón inferior de la cadena de valor para obtener los insumos de otras fuentes alternativas.

Efectos coordinados de las integraciones verticales

126. Una integración vertical puede incentivar la coordinación de empresas para aumentar precios, obstruir la competencia, reducir la calidad de sus productos o servicios, crear o aumentar las barreras a la entrada, repartirse mercados, etc. Asimismo, puede conducir a una coordinación entre agentes que a través de un proveedor integrado, pueden obtener información sensible de sus competidores.

127. En algunos casos, el conocimiento y la transparencia de información puede facilitar la coordinación entre empresas mediante el acceso a información sensible sobre los rivales, sus condiciones de comercialización, estrategias de producción, lanzamiento de productos, precios, frecuencia de pedidos, etc.



BARRERAS A LA ENTRADA

128. La etapa de análisis de barreras a la entrada se realiza cuando las cuotas de participación sean suficientes para indicar que existen indicios de poder de mercado e impliquen un probable grado de obstrucción de la competencia. Lo que se busca con este análisis es determinar si la entrada para nuevos competidores es factible en términos de probabilidad y oportunidad.

129. Se identificarán las barreras que puedan impedir, obstaculizar o retrasar la entrada de competidores al mercado relevante, analizando las barreras de tipo estructural -que son de aplicación general para las empresas intervinientes y sus competidores²⁴ y las barreras artificiales que son aquellas que las empresas pueden llegar a generar o producir a raíz de la operación y que puedan conducir a una indebida restricción de la competencia.

130. Otra clasificación para las barreras a la entrada que se encuentra muy relacionada con la clasificación anterior, corresponde a las barreras exógenas y endógenas. Las primeras corresponden a aquellas que son propias de las condiciones del mercado y no pueden ser controladas. Incluyen por ejemplo la existencia de firmas con ventajas en costos, diferenciación de productos, imagen de marca, necesidades de capital e inversión inicial, costos de cambio, acceso a canales de distribución, economías de escala, barreras legales, etc.

²⁴ Ejemplo de barreras estructurales son: los requerimientos tecnológicos, capacidad de producción medida a través de la escala mínima de producción y/o distribución requerida, inversión en infraestructura, etc.

131. De otra parte, las barreras endógenas, son las creadas por las empresas establecidas a través de sus estrategias de mercado y su comportamiento competitivo.

132. Las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia y, por lo tanto, son objeto del análisis de estudio de la **SIC** son las siguientes:

133. Barreras legales: se considera como barreras legales aquellas que se generan a través de normas que crean una desventaja de costos para las empresas que desean entrar al mercado, tales como permisos, licencias, entre otras.

134. Tamaño de los costos hundidos: los costos hundidos son aquellos costos en los que los agentes deben incurrir para entrar al mercado, pero no pueden recuperar al abandonarlo. Generalmente, cuando su valor es alto, actúan como un medio de desaliento a la entrada de nuevos competidores. Un ejemplo de costos hundidos son los costos de puesta en marcha del negocio²⁵.

135. Tiempo de entrada /Oportunidad: la **SIC** analizará el tiempo que les ha tomado a otros agentes entrantes para convertirse en competidores reales. Este tiempo puede verse acrecentado si las empresas deben aprender a usar activos específicos y desarrollar redes de distribución eficientes. Generalmente, se toma como aceptable un período inferior a un año para realizar una entrada efectiva al mercado.

²⁵ Los costos hundidos endógenos dependen de la estrategia particular escogida por el entrante y los incumbentes. Un ejemplo de costos hundidos endógenos es la inversión en publicidad o la creación de una red de distribución.

136. Escala de entrada: es considerada una barrera si para las empresas que deseen entrar al mercado únicamente es rentable entrar al negocio con una alta capacidad de producción y vendiendo un gran número de unidades.

137. Identidad de marca: algunos productos son identificados y reconocidos por el consumidor o usuario a través de la marca, hasta el punto que no desplazarían su consumo hacia productos similares de otras marcas manteniendo fidelidad a la marca, lo cual genera una barrera a la entrada para nuevos competidores. El análisis de las marcas se hace importante en las operaciones de compra de activos, por sus implicaciones en las licencias y usos de las marcas.

138. Requerimientos tecnológicos e inversiones de capital: la SIC entenderá como inversiones de capital a la inversión mínima para que un potencial competidor pueda desarrollar la misma actividad ofreciendo los mismos productos. Si los requerimientos tecnológicos son demasiado elevados puede impedirse o retrasarse la entrada de nuevos competidores al mercado.

139. Costos de transporte: las repercusiones de los altos costos de transporte limitarán, generalmente, la dimensión del mercado geográfico. Del mismo modo, las dificultades de acceso a la distribución en un área determinada, como los obstáculos reglamentarios, las cuotas, contingentes arancelarios y los derechos de aduana, también pueden constituir obstáculos que aíslen una zona geográfica de la presión competitiva de empresas localizadas fuera de ella.

140. Acceso a fuentes de abastecimiento:

el acceso a fuentes de abastecimiento hace referencia a los vínculos que tienen los participantes del mercado, además del comercial, con los proveedores de insumos y materias primas, para determinar si se restringe en alguna medida el acceso a las fuentes de suministro de insumos y materias primas.

141. Es importante resaltar que las barreras a la entrada no se presentan de la misma forma ni en la misma intensidad en todos los mercados, sectores o tipos de actividad. Por lo tanto, el análisis de barreras a la entrada debe conducir a determinar si las empresas participantes en la operación podrían actuar independientemente de sus competidores y, conforme con lo establecido en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, pueden alterar el precio, la oferta y demás factores competitivos, sin ser disciplinados por nuevos entrantes²⁶.

²⁶ Ver integración Protabaco/Coltabaco, Resolución No. 29937 de 2010.

COMPETENCIA POTENCIAL

142. Si bien algunas autoridades de competencia en otras jurisdicciones tienen en cuenta la sustituibilidad de la oferta al momento de definir el mercado relevante, esta Superintendencia toma en consideración dicho concepto en caso de requerir un análisis de barreras de entrada y competencia potencial.

143. Se tienen en cuenta aquellas empresas que si bien no son competidoras de las firmas a integrarse, sí están en capacidad, ante eventuales cambios en factores que afectan la demanda (como el precio), de ajustar su producción para ofrecer los productos o brindar los servicios involucrados en la operación de integración.

144. Con esto se busca establecer si ante un aumento en el precio de un producto o servicio, los fabricantes de otros productos pueden reorientar sus instalaciones productivas -en el corto plazo y a un costo reducido- hacia la producción del bien relevante a la operación de integración, neutralizando un eventual aumento de precios. Con base en la descripción de los procesos productivos de las empresas, para el caso de empresas prestadoras de servicios se analizará la capacidad instalada en locales e infraestructura física adecuada para la prestación del servicio, pero el concepto de capacidad productiva aplica específicamente a empresas productoras y abastecedoras²⁷.

²⁷ Ver integración Éxito/Cafam, Resolución No. 38171 de 2010 e Integración Éxito/Super Inter, Resolución No. 54416 de 2014.

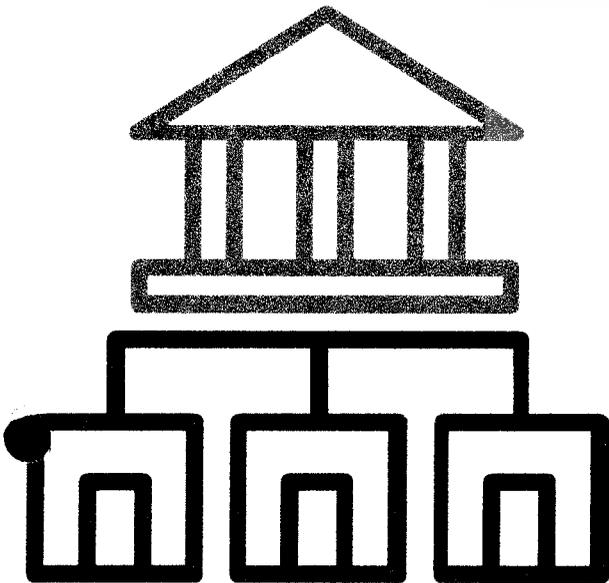
145. Otra fuente alternativa de oferta proviene de las importaciones de productos o servicios. La **SIC** verificará si existe libre importación de productos o de materias primas e insumos, bajo condiciones competitivas frente a la oferta de las empresas intervinientes y los agentes encargados de la distribución de tales productos.

146. Algunos de los factores que la **SIC** tendrá en cuenta para decidir si incluye en la definición del mercado relevante a las firmas que están en capacidad de entrar a competir con las empresas intervinientes posteriormente a la operación de integración son:

- La información sobre costos de ajuste del proceso productivo y beneficios marginales variables que dichas empresas obtendrían.
- La información sobre el proceso de producción, etapas del mismo que sean comunes para diferentes productos y la capacidad de producción excedentaria que se generaría.
- La información sobre los sistemas de distribución de los diferentes oferentes y la velocidad con la que ellos pueden incrementar el volumen de ventas de un producto.
- La evidencia de cambios frecuentes en la capacidad de producción ante variaciones de precios y rentabilidad.
- La evidencia de márgenes de ganancia similares para productos diferentes.

PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS COMPRADORES

147. La capacidad de las empresas de afectar las variables económicas del mercado luego de la integración puede ser contrarrestada no solamente por sus competidores. Los consumidores o clientes igualmente pueden utilizar su capacidad de negociación para limitar dicha capacidad. Es el caso por ejemplo de las grandes superficies, que en algunos casos determinan las condiciones de la negociación en la compra con sus proveedores o las compañías ensambladoras de vehículos que negocian con los proveedores.



EFICIENCIAS DE LA OPERACIÓN

148. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que esta tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.

149. De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, una integración empresarial tiende a restringir la competencia si afecta:

- La libre participación de las empresas en el mercado;
- El bienestar de los consumidores;
- La eficiencia económica.

150. Si del análisis anterior se infiere que puede producirse una indebida restricción a la libre competencia, se analizarán las eficiencias generadas con la operación que puedan ser trasladadas a los consumidores.

151. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009, se considera la siguiente excepción para la objeción de una operación de integración que conduce a una posible indebida restricción de la competencia:

“Artículo 12. Excepción de Eficiencia. Modifíquese el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, el cual quedará así:

La autoridad nacional de competencia podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del

proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

En este evento deberá acompañarse el compromiso de que los efectos benéficos serán trasladados a los consumidores. (...)

Parágrafo 1o. Cuando quiera que la autoridad de competencia se abstenga de objetar una operación de integración empresarial con sustento en la aplicación de la excepción de eficiencia, la autorización se considerará condicionada al comportamiento de los interesados, el cual debe ser consistente con los argumentos, estudios, pruebas y compromisos presentados para solicitar la aplicación de la excepción de eficiencia. La autoridad podrá exigir el otorgamiento de garantías que respalden la seriedad y el cumplimiento de los compromisos así adquiridos.

Parágrafo 2o. En desarrollo de la función prevista en el número 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la autoridad de competencia podrá expedir las instrucciones que especifiquen los elementos que tendrá en cuenta para el análisis y la valoración de los estudios presentados por los interesados”.

152. Los tipos de eficiencia pueden dividirse en: (i) Eficiencias del lado de la oferta y; (ii) eficiencias del lado de la demanda.

Eficiencias del lado de la oferta

153. Las eficiencias del lado de la oferta se producen cuando, como consecuencia de la integración entre firmas, el ente integrado puede ofrecer su producto a un menor costo. Los principales ejemplos de eficiencias del lado de la oferta son: los ahorros de costos, la evitación de la doble marginalización (doble beneficio, para el productor y para el distribuidor y/o comercializador), la reducción de la falta de incentivos para la inversión y el reposicionamiento de productos.

154. En primer lugar, los ahorros de costos corresponden a las eficiencias técnicas de las empresas (en aspectos administrativos, financieros y contables).

155. En lo que respecta a la doble marginalización, las integraciones verticales pueden conducir a mejorar los niveles de eficiencia al integrar en una sola, las diversas etapas de producción, evitando la doble marginalización.

156. De igual forma, las integraciones verticales pueden incentivar la inversión. Un ejemplo de lo anterior, es un distribuidor de un producto que no está dispuesto a invertir en promocionar los productos porque su inversión puede beneficiar a otros distribuidores.

157. Finalmente, los procesos de reposicionamiento de productos llevados a cabo por las empresas intervinientes y sus competidores hacen que los consumidores cuenten con una mayor variedad de productos.

Eficiencias del lado de la demanda

158. Por su parte, las eficiencias del lado de la demanda se presentan cuando, como resultado de la integración, crece el incentivo de los consumidores de adquirir los productos ofrecidos por el ente integrado, debido al logro de mayor productividad, eficiencia, calidad y servicio. Dentro de este tipo de eficiencias se encuentran: los efectos de red, los efectos de precios, el efecto portafolio y el “one-stop shopping”.

159. Un beneficio al que puede conducir una integración vertical es la reducción de los costos de transacción para el consumidor, al tener que negociar con una sola empresa.

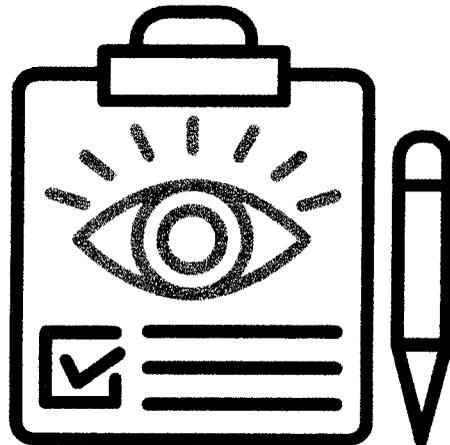
160. Lo importante será que las empresas involucradas en la operación puedan demostrar que con ella se logrará una reducción de costos que se traducirá en un mejor precio, mejor calidad y/o variedad para el consumidor.

161. En los casos en que se adviertan posibles efectos anticompetitivos y las eficiencias son cuantitativamente demostrables y superiores a dichos efectos, se analiza la posibilidad de aprobar la integración con condicionamientos. De lo contrario deberá objetarse.

CONDUCTA DURANTE EL ESTUDIO DE LA SOLICITUD DE PRE-EVALUACIÓN

162. Cuando el cierre de la operación de integración dependa de la autorización por parte de la **SIC**, los intervinientes pueden incurrir en ciertas acciones de concertación durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación que pueden considerarse como ilegales por las normas de protección de la competencia y ser causa de sanciones, en la medida en que suponen que los intervinientes actuaron en desarrollo de la integración sin la respectiva autorización por parte de la **SIC**.

163. Algunas de estas acciones pueden incluir las siguientes: (i) Coordinar estrategias de mercadeo o de ventas; (ii) coordinar los precios; (iii) distribuir clientes, productos o territorios; (iv) impartir directrices o instrucciones por parte del adquirente al adquirido; (v) aplicar planes de negocios conjuntos; (vi) referirse clientes entre sí o abstenerse de buscar; y (vii) compartir información sensible diferente de la necesaria para la negociación de la integración.



CONDICIONAMIENTOS

164. Si el resultado del análisis de una operación de integración, luego del estudio del contrapeso de sus posibles efectos anticompetitivos frente a sus eficiencias, es que se permita su realización pero con condicionamientos, deberá garantizarse que las condiciones de competencia que se pueden ver alteradas como consecuencia de la integración sean preservadas y la competencia efectiva se mantenga.

165. Los condicionamientos son obligaciones a las que se comprometen las intervinientes en una operación de integración económica, con el fin de obtener la aprobación de la operación por parte de la **SIC**.

166. Estas obligaciones usualmente comienzan a regir una vez se aprueba la integración. Sin embargo, la **SIC** también tiene la facultad de exigir el cumplimiento previo de un condicionamiento, por lo que la aprobación de la operación propuesta queda sujeta a una condición suspensiva.

Decisión de condicionar

167. En el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 se estableció que:

“El Superintendente de Industria y Comercio deberá objetar la operación cuando encuentre que ésta tiende a producir una indebida restricción de la competencia. Sin embargo, podrá autorizarla sujetándola al cumplimiento de condiciones u obligaciones cuando, a su juicio, existan elementos suficientes para considerar que tales condiciones son idóneas para asegurar la preservación efectiva de la competencia. (...)”.

168. Las mencionadas condiciones u obligaciones pueden ser propuestas directamente por las partes interesadas. Para ello, el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 estableció que las empresas intervinientes pueden presentar su propuesta de condicionamientos, en un proceso de pre-evaluación de una operación de integración, dentro de los quince (15) días siguientes al momento en el que la **SIC** da inicio a la segunda fase del proceso de la aprobación de la integración, fase que debe ser informada por la Entidad, vencidos los tiempos establecidos en el numeral 3 del mismo artículo.

169. No obstante, dado el carácter opcional que el mismo legislador estableció para el ofrecimiento de condicionamientos, las intervinientes conservan la posibilidad de presentar su propuesta de acciones y/o comportamientos durante cualquier parte del proceso de aprobación de la integración, incluyendo el recurso de reposición²⁸.

170. Por otra parte, el Superintendente de Industria y Comercio, a partir de los estudios respectivos y de la determinación de los posibles efectos anticompetitivos en el mercado de la integración, podrá establecer las obligaciones y/o condiciones que considere propicias para generar esquemas de efectiva competencia²⁹.

171. El Superintendente de Industria y Comercio decidirá sobre la pertinencia de los condicionamientos propuestos por las intervinientes frente a los propósitos que los mismos deben cumplir; en consecuencia su aprobación o negación será discrecional y así se

²⁸ Numeral 4 Artículo 10 Ley 1340 de 2009.

²⁹ Artículo 11 Ley 1340 de 2009.

establecerá en el acto administrativo suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio que decida la solicitud.

Contenido y consideraciones de los condicionamientos

172. Las consideraciones de la propuesta de condicionamientos, deberán contener al menos:

- **Duración:** el período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija.
- **Intervinientes:** deben identificarse plenamente las empresas que van a adquirir los compromisos y responderán frente a la **SIC** por el debido cumplimiento de éstos. Esta identificación dependerá del tipo de operación proyectada, queriendo decir con esto que si, por ejemplo, la operación es la enajenación total de una línea de negocio, los responsables principales deberán ser los nuevos propietarios de la línea de negocio.

Tipos de condicionamientos

173. De acuerdo con el tipo de integración que se presenta, los efectos en la competencia difieren. Así, los condicionamientos impuestos en cada operación de integración deben ser diseñados con el fin de preservar las condiciones de competencia y mantener las eficiencias que la operación genera.

174. Los condicionamientos podrán ser de tipo estructural o de comportamiento, según el caso. También podrán ser estructurales y estar acompañados de condicionamientos de comportamiento para reforzar el cumplimiento de los primeros.

175. En el caso de integraciones horizontales, el principal efecto sobre la competencia es el incremento del poder de mercado de la entidad integrada como consecuencia de la eliminación de un competidor actual o potencial, del incremento del riesgo de coordinación con los competidores o ambos casos. El aumento del poder de mercado puede darse como resultado de combinar activos destinados a determinadas actividades que bajo otras circunstancias podrían ser utilizados para competir. Por lo anterior, es común que, en la mayoría de integraciones horizontales, el condicionamiento requerido para preservar la competencia sea una “desinversión de activos”.

176. En el caso de las integraciones verticales, el principal efecto sobre la competencia se encuentra relacionado con que la entidad integrada puede influenciar los procesos competitivos de la cadena de valor. En estos casos, los condicionamientos usualmente apropiados para preservar las condiciones de competencia son condicionamientos de comportamiento, que prohíben o imponen ciertas conductas que podrían reforzar la indebida restricción de la libre competencia derivada de la integración o para prevenir problemas de competencia en el futuro.

177. Los condicionamientos de comportamiento deben ser diseñados para proteger a los consumidores de las conductas anticompetitivas que pueda realizar la entidad integrada. No obstante lo anterior, dependiendo del tipo de operación analizada, también es posible considerar condicionamientos estructurales para preservar la competencia.

178. Los condicionamientos deben ser redac-

tados en forma clara y precisa y estar acompañados de un seguimiento continuo por parte de la **SIC**. Para tal fin, se establece la obligación para las empresas de efectuar reportes periódicos donde se informe el adelanto de los compromisos estructurales y la permanencia de los compromisos de comportamiento. Independientemente de estos reportes, la **SIC** se reserva en cada caso, la facultad de realizar visitas o adelantar cualquier tipo de prueba que requiera, para determinar en cualquier momento el cumplimiento de los condicionamientos establecidos.

179. Cuando las operaciones de integración son horizontales y verticales, se deben analizar los efectos negativos que se producen en la competencia, y dependiendo del caso, se pueden presentar combinaciones de condicionamientos estructurales y de comportamiento.

Principales Condicionamientos Estructurales

180. Desinversión de los activos necesarios para que el comprador de los mismos sea un competidor efectivo: para este condicionamiento se requiere identificar claramente cuáles son los activos que el competidor necesitaría para competir efectivamente de forma oportuna y durable en el tiempo.

181. Los activos pueden ser: tangibles, como maquinaria y equipos de producción; intangibles, como marcas y patentes; o una combinación de los dos.

182. Adicionalmente, los activos deben estar en buen estado para garantizarle al comprador que puedan ser aprovechados en el corto, mediano y largo plazo, y restaurar las

condiciones de competencia existentes en el mercado relevante antes de la integración. La venta de los activos podrá realizarse conjunta o individualmente considerados, asegurando que el comprador sea un agente económico que esté en condiciones de utilizarlos para competir idóneamente.

183. Para que el condicionamiento preserve efectivamente la competencia, el comprador de los activos deberá usarlos en el mercado relevante definido y no deberá destinarlos a la producción de otros bienes.

184. De no realizarse la enajenación de los activos, se realizará un encargo fiduciario que administre tales activos y haga posible su venta a un competidor.

185. Desinversión de una unidad de negocio: la unidad de negocio debe estar funcionando y ser rentable para que los competidores se interesen por ella. Cuando se considere este tipo de condicionamiento se incluirán todos los activos relacionados con la unidad de negocio contenida la transmisión del conocimiento técnico requerido para poner en funcionamiento los activos.

186. Desinversión de derechos de activos intangibles críticos³⁰: este tipo de condicionamientos es utilizado cuando las empresas a integrarse cuentan con derechos de propiedad intelectual que les otorgan ciertos tipos de ventajas para producir o comercializar determinado tipo de bien o producto. En estos casos, la venta de dichos derechos permite preservar las condiciones de competencia en los mercados definidos.

³⁰ Un activo crítico es aquel que es necesario para que el comprador compita efectivamente en el mercado relevante definido.

187. Dependiendo del caso que se está analizando, puede ser necesario que el comprador o licenciataria adquiera los derechos para producir y vender únicamente el producto relevante, mientras que en otros casos es necesario que éste obtenga también el derecho de producir y vender otros productos.

188. Lo anterior con el fin de que el comprador o licenciataria cuente con las posibilidades de lograr economías de escala y alcance que le permitan competir efectivamente en el mercado definido.

189. Para este tipo de condicionamientos deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- **Tiempo:** el período durante el cual se realizarán las actividades y compromisos adquiridos; esta duración podrá ser prorrogable o fija, dependiendo del condicionamiento propuesto. En casos como por ejemplo la enajenación de un establecimiento o maquinaria, es preciso especificar el tiempo prudente para realizar el respectivo proceso.

- **Condiciones:** los condicionamientos ofrecidos no pueden estar sujetos a ningún tipo de condición y deben ser actividades concretas que puedan ser verificadas.

- **Identificación:** cada uno de los elementos involucrados en los condicionamientos estructurales, bien sean máquinas o materiales, deben estar debidamente identificados dentro de las propuestas.

- **Verificación:** esta información es complementaria a la identificación y busca tener información contundente sobre aspectos

de calidad y/o precios que brinden criterios claros sobre la idoneidad del condicionamiento. Un ejemplo adecuado sería un condicionamiento de enajenación de maquinaria en el que las intervinientes adjuntaran a su condicionamiento un informe pericial que garantizara el funcionamiento de las máquinas y su precio aproximado en el mercado.

- **Obligaciones Subsidiarias:** se pueden establecer compromisos facultativos sujetos a la condición de que sea imposible cumplir el condicionamiento principal. Por ejemplo, en los casos en los cuales para el compromiso se establece un término para la enajenación de activos, y dentro de ese lapso no se ha logrado la ejecución de lo prometido, se hace necesaria la aplicación de compromisos alternativos en los que, al igual que en los principales, su componente principal debe estar en función de los propósitos de los condicionamientos. Una vez satisfechos los compromisos facultativos, se tendrá como cumplido el condicionamiento.

Principales Condicionamientos de Comportamiento

190. Órdenes de separar partes de la compañía fusionada "firewall": con estos condicionamientos se busca prevenir la transmisión de información entre la firma que se encuentra en el eslabón superior de la cadena y aquella que se encuentra en el eslabón inferior. Esta restricción busca impedir comportamientos anticompetitivos a través del uso de este tipo de información sensible.

191. Órdenes de no discriminar: este tipo de condicionamientos busca igualdad de condiciones en el trato, acceso y suministro a todas las empresas competidoras de las empresas intervinientes. Lo anterior con el fin de que, como consecuencia de la integración, la empresa que se encuentra en el eslabón superior de la cadena no favorezca a la empresa interviniente que se encuentra en el eslabón inferior y discrimine a sus competidores.

192. Órdenes de licenciar el uso de propiedad intelectual: este tipo de órdenes buscan que el competidor tenga acceso a determinadas tecnologías u otros activos que son necesarios para competir efectivamente en el mercado relevante definido.

193. Órdenes de transparencia: bajo esta figura, la entidad integrada debe poner a disposición de la autoridad de regulación determinada información que en otras circunstancias no se solicitaría, ampliando el flujo de información a la entidad reguladora para que la empresa integrada no evada la regulación.

194. Órdenes de no tomar represalias: estas órdenes prohíben a la empresa integrada discriminar o tomar represalias contra una empresa o entidad que provea información.

195. Prohibiciones de ciertas prácticas en contratos: son usadas especialmente en los casos en que la empresa integrada utiliza los contratos para bloquearle a sus competidores el acceso a un insumo importante, o con el fin de demorar o cerrar la entrada de nuevos competidores al mercado.

196. A pesar de todo lo anterior, la **SIC** considera que la figura de los condicionamientos es flexible y, por lo tanto, es posible estructurar, diseñar e implementar cualquier tipo de obligación que tenga el objetivo de evitar los posibles efectos nocivos de la operación estudiada.

Esquema de Seguimiento

197. Dentro de la propuesta de condicionamientos es relevante tener en cuenta la necesidad de verificación del cumplimiento de los condicionamientos por parte de esta Entidad. Por lo tanto, una vez consolidados los condicionamientos estructurales y/o los de comportamiento, el paso a seguir es establecer los respectivos mecanismos de verificación. Este esquema de seguimiento no limita las facultades de la **SIC** para hacer los controles adicionales que se consideren pertinentes para comprobar que las empresas comprometidas estén cumpliendo a cabalidad con sus compromisos, así como las demás normas de protección de la competencia.

198. Algunos criterios que son considerados son:

- Publicaciones
- Informes periódicos
- Disponibilidad de la información
- Responsabilidades dentro de la organización

199. Todo lo anterior, sin perjuicio de que la Entidad, de acuerdo con las condiciones particulares de cada caso, considere que sea necesario incluir o analizar criterios adicionales.

Seguimiento de los condicionamientos

200. El artículo 11 de la Ley 1340 de 2009 hace referencia a que en el evento en que una integración sea aprobada con condicionamientos, la **SIC** será la encargada de la supervisión del cumplimiento de éstos. Para esta tarea, la Delegatura de Protección de la Competencia dispone de capital humano encargado de la revisión del cumplimiento de los condicionamientos aprobados.

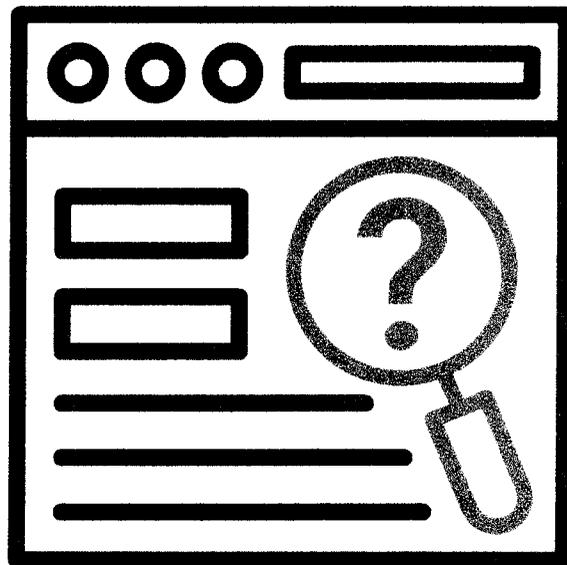
201. Si bien los condicionamientos tienen un componente principal en el esquema de seguimiento aprobado, terceros interesados podrán allegar quejas, o informar situaciones que muestren, directa o indirectamente, el probable incumplimiento de los condicionamientos definidos. Con base en estas quejas y en el esquema de seguimiento, la **SIC** procederá a validar la información necesaria para determinar si efectivamente existió un incumplimiento. En función de esta revisión, las personas encargadas podrán utilizar las facultades conferidas mediante el Decreto 4886 de 2011 a esta Superintendencia, dentro de las cuales podrán incluirse, sin limitarse a ellas, las siguientes:

- Visitas administrativas.
- Revisión de información contable.
- Requerimientos de información a intervinientes.
- Requerimientos de información a terceros.
- Recolección de información digital de las intervinientes.
- Recepción de testimonios.

202. Todas las actividades que se lleven a cabo para la verificación, deberán contar con toda la disposición por parte de las intervinientes, así como de la **SIC** para desarrollarse con total eficiencia. En esta medida, las intervinientes pondrán a disposición de la Entidad toda la información que sea requerida para llevar a cabo dicho seguimiento.

203. Si durante el ejercicio de las anteriores actividades se determina que existió un incumplimiento de los compromisos aceptados, y previa solicitud de explicaciones, se podrá declarar dicho incumplimiento e imponer la sanción respectiva.

La terminación del seguimiento de los condicionamientos tendrá lugar en la fecha que se determine en el acto administrativo por el cual se aprueba una integración sujeta a condicionamientos, a menos que se decida prorrogar dicho término.



204. Por otra parte, las empresas, de acuerdo con las circunstancias concretas que se presenten en el mercado afectado y en caso de cambios significativos del mismo, tendrán derecho a solicitar la terminación o modificación de los condicionamientos. Para recurrir a este derecho, deberán presentar su solicitud de forma escrita de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 de la Resolución No. 10930 de 2015, añadiendo toda la información que consideren pertinente para demostrar que efectivamente las condiciones de mercado han cambiado lo suficiente como para reevaluar, modificar o eliminar los condicionamientos actuales. Toda la información y las motivaciones de la solicitud, así como el efecto que las mismas tengan en relación con los condicionamientos, serán debidamente evaluadas y la Entidad decidirá de manera discrecional sobre su procedencia.

Contribuciones

205. El artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 establece, entre otras cosas, que las actividades de seguimiento que realiza la **SIC** con motivo de la autorización de una operación de integración económica condicionada, serán objeto del pago de una contribución anual de seguimiento. Por lo tanto, una vez es aprobada la integración sujeta a condicionamientos, las intervinientes deberán hacerse responsables del correspondiente pago. Este pago será anual, y su valor se determinará con fundamento en los criterios establecidos en la Resolución No. 72896 de 2010.

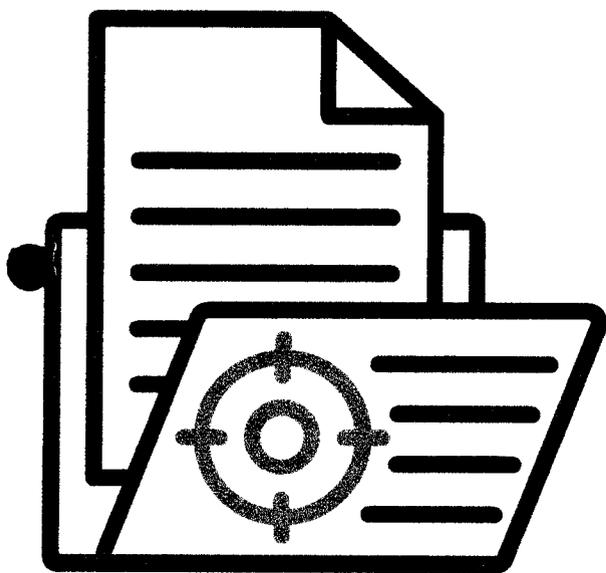
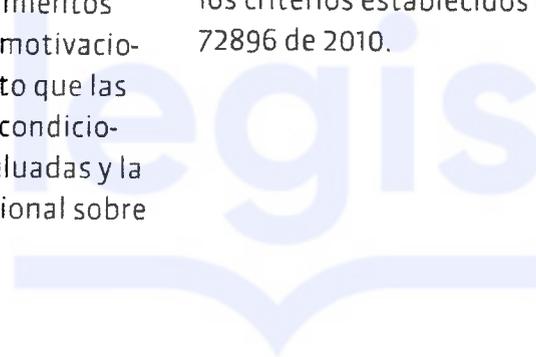


Foto Portada: Pexels
Iconos: Vectars Market