

Competencia en los mercados de energía eléctrica y gas natural, ¿quién es la autoridad competente? *

Competition in Electricity and Natural Gas Markets, which Authority has Jurisdiction?

José Fernando Plata Puyana ^{***}

Serrano Martínez S. A. S., Colombia

plata.j@javeriana.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1465-0496>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.cmee>

Recibido: 09 noviembre 2022

Aceptado: 05 junio 2023

Publicado: 15 agosto 2023

Andrés de Greiff Correa ^{***}

Serrano Martínez S. A. S., Colombia

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2242-9046>

Resumen:

Con base en la literatura de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el análisis de los casos Empresa de Energía de Boyacá S. A. E. S. P. (EBSA), Empresas Públicas de Medellín (EPM9, Electricaribe, Electrohuila y Emgesa-Efigas, los autores profundizan sobre los beneficios de la complementariedad y el problema de inconsistencia que se producen por la coexistencia entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridades para la supervisión de las normas de promoción y protección de la competencia. Los autores plantean que la coexistencia actual genera ineficiencias en el funcionamiento del Gobierno, situación que podría superarse si la Ley 142/94 es modificada en el sentido de equiparar las herramientas con las que cuentan ambas autoridades para ejercer sus funciones de derecho administrativo sancionador. Además, para superar el riesgo de inconsistencia, es necesario que ambas autoridades avancen en las alternativas que recomienda la OCDE para mejorar la coordinación interinstitucional, tales como (i) acuerdos de entendimiento para compartir información, (ii) intercambio de funcionarios y (iii) elaboración de reportes conjuntos, entre otros.

Palabras clave: competencia, energía, gas natural, manipulación mercados, servicios públicos.

Abstract:

Based on the OECD literature and the analysis of the cases EBSA, EPM, Electricaribe, Electrohuila and Emgesa-Efigas, the authors explore the benefits of complementarity and the problem of inconsistency that are produced by the coexistence between the Superintendency of Public Services and the Superintendency of Industry and Commerce as enforcement authorities for the promotion and protection of competition. The authors argue that the current coexistence generates inefficiencies in the functioning of the Government, a situation that could be overcome if Law 142 of 1994 is modified in the sense of equating the enforcement tools. In addition, to overcome the risk of inconsistency, it is necessary for both authorities to advance in the alternatives recommended by the OECD to improve inter-institutional coordination, such as: (i) agreements to share information; (ii) exchange of officials; and (iii) preparation of joint reports, among others.

Keywords: competition, energy, natural gas, market manipulation, public services.

Notas de autor

^aAutor de correspondencia: plata.j@javeriana.edu.co

** Socio en Serrano Martínez S. A. S. Abogado admitido en Colombia y el Estado de Nueva York. Maestría en Competencia y Regulación de Mercados del Barcelona School of Economics. Becario Fulbright y Maestría en Derecho de la Universidad de Georgetown. Profesor de pregrado y posgrado en la Pontificia Universidad Javeriana de Microeconomía, Regulación y Competencia, y Regulación Económica, y director de la línea de investigación: "El Derecho Económico de la Transformación Energética". Profesor de posgrado sobre Competencia en el Sector Energético en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad Sergio Arboleda. Contacto: plata.j@javeriana.edu.co Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1465-0496> CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001914238&clang=es#

*** Asociado en Serrano Martínez S. A. S. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana e investigador de la línea de investigación. Realizó un curso académico en Derecho Económico en la Universidad de Sevilla, en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Corvinus de Budapest. Contacto: a.degreiff@javeriana.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2242-9046> CvLac: https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0002074949

Introducción

Existe un consenso en la literatura sobre regulación económica respecto de la intervención del estado en la economía ante la presencia de fallas de mercado¹. Los mercados de energía eléctrica y gas natural en Colombia presentan fallas de mercado, dado que (i) existe integración vertical entre actividades en competencia y en monopolio o entre dos actividades en competencia, (ii) hay concentración de la oferta y poder de mercado de agentes y (iii) la interacción entre la oferta y la demanda se enfrenta a problemas de riesgo moral. La suma de estos elementos ha derivado en la expedición de normas de comando y control² para la promoción de la competencia por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (en adelante, CREG), lo que, a su vez, genera un escenario propicio para el cumplimiento creativo de las reglas³.

En respuesta a esta situación, la CREG concluyó que era necesario complementar el conjunto de reglas ya existentes con una nueva regulación más general, basada en principios⁴ para la promoción de la competencia y para mitigar el riesgo de abuso del derecho a través de la Res. CREG 080/19. Teniendo en cuenta lo anterior, el primer y segundo capítulo de este artículo presentarán una contextualización de los mercados de energía eléctrica y gas natural, las principales fallas de estos mercados y la regulación económica expedida para promover la competencia.

A su vez, el documento “Reguladores del Sector Independientes y su Relación con las Autoridades de Competencia”, publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), profundiza sobre los pros y contras de la interacción entre autoridades encargadas de la regulación y supervisión de normas para promover la competencia, y la autoridad encargada de la protección de la competencia. Con base en esta literatura económica y el análisis de casos decididos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante, Superservicios) como supervisor de la regulación de la CREG, y de las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) como autoridad única de competencia, los autores profundizarán sobre el pro de complementariedad y el contra de la inconsistencia en las actuaciones.

Específicamente, el capítulo 4 del presente documento profundiza sobre los beneficios de la complementariedad en cuanto a que la SIC ofrece a un afectado tres herramientas de las que carece la Superservicios: (i) una mayor capacidad sancionatoria para imponer multas a las personas jurídicas y la posibilidad de multar a personas naturales, (ii) el ofrecimiento de las garantías como mecanismo de terminación anticipada de una investigación de carácter administrativo sancionador en cabeza de la SIC y (iii) la facultad de la SIC de impartir órdenes y medidas cautelares. A pesar de que la Superservicios tiene las desventajas mencionadas frente a la SIC, esta autoridad cuenta con un conocimiento más profundo sobre el mercado y su alto grado de sofisticación, lo cual le permite investigar conductas más complejas.

Sin embargo, este análisis de complementariedad entre la Superservicios y la SIC pone en evidencia que la coexistencia genera ineficiencias en el funcionamiento del Estado, situación que podría superarse si la Ley 142/94 es modificada en el sentido de equiparar las herramientas con las que cuentan ambas autoridades para ejercer sus funciones de derecho administrativo sancionador.

En cuanto al riesgo de inconsistencia entre las actuaciones de la SIC y la Superservicios, los autores plantean que ya existen casos particulares en los que tal riesgo se ha materializado y que esta situación requiere que ambas autoridades avancen en las alternativas que recomienda la OCDE para mejorar la coordinación interinstitucional, tales como (i) intercambio de información, (ii) canje de funcionarios y (iii) elaboración de reportes conjuntos, entre otros.

Por último, en el artículo escrito por José Plata Puyana, Marielena Rozo Covalada y Alejandro Ibarra Ibarra, titulado: “Aplicación de la regulación promoción de la competencia en los servicios públicos domiciliarios por la Superintendencia de Industria y Comercio”⁵, los autores plantearon como hipótesis que la Superservicios y la SIC eran autoridades competentes con facultades de derecho administrativo sancionador para supervisar

el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia emitidas por la CREG en los mercados de energía eléctrica y gas natural. El presente artículo académico complementa la anterior hipótesis con un análisis sobre los elementos a favor y en contra de esta concurrencia, tomando como sustento la literatura de la OCDE sobre la materia y el análisis de casos específicos resueltos por la Superservicios y la SIC.

Contextualización de los mercados de energía eléctrica y gas natural y de la regulación para promover la competencia

En este acápite, los autores explicarán la cadena de valor de los mercados de energía eléctrica y gas natural, y profundizará en cuatro fallas del mercado que han soportado la expedición de regulación para la promoción de la competencia, incluyendo las reglas de comportamiento mediante la Res. CREG 080/19. La CREG ha emitido la regulación tendiente a mitigar los riesgos en materia de competencia que se derivan de estas cuatro fallas de mercado, a la cual harán referencia los autores en el siguiente acápite de manera resumida.

Cadena de valor de la energía eléctrica y el gas natural

Las actividades que componen la cadena de valor de estos servicios públicos se encuentran definidas en la Ley 142/94⁶, y se pueden explicar por medio de cuatro eslabones que intervienen en el siguiente proceso: (i) se comienza con la creación del energético, actividad que se conoce como generación de energía eléctrica o producción de gas natural; (ii) seguido por el transporte mediante redes de transmisión de energía eléctrica o gasoductos; (iii) posteriormente, la energía eléctrica o el gas natural se distribuye por redes en las ciudades; y, (iv) por último, el servicio se comercializa al usuario final⁷.

La transmisión, el transporte y la distribución corresponden a monopolios naturales⁸, dada la presencia de redes físicas y altos costos de inversión asociados. Por otro lado, las actividades de generación y de comercialización son actividades en competencia, de manera que el comercializador desempeña un rol de intermediación entre quien crea el energético para venderlo y el usuario que lo consume. Ausente ese rol de intermediación, el usuario asumiría la carga de negociar la electricidad directamente con el generador o el gas directamente con el productor, lo que ocasionaría una asimetría en el poder de negociación y unas ineficiencias por el desaprovechamiento de las economías de escala, situación que precisamente se busca remediar con la figura del comercializador, quien compra el energético en grandes bloques para revenderlo a los usuarios en pequeñas cantidades⁹.

Así, proceden los autores a explicar las cuatro características fundamentales que sustentan los propósitos de la expedición de normas para la promoción de la competencia, incluyendo las reglas comportamiento mediante la Res. CREG 080/19.

Integración vertical entre una actividad en monopolio (transmisión/ transporte y distribución) y una en competencia (generación/producción y comercialización)

La OCDE advirtió, en el 2001, sobre los riesgos de abusos de exclusión en materia de acceso a las redes para competir en los mercados de energía eléctrica y gas natural, en aquellas jurisdicciones que permiten que una misma empresa desarrolle de manera simultánea una actividad en monopolio (*i.e.* transmisión/ transporte y distribución) con una actividad complementaria en competencia (generación/producción y comercialización).

En palabras de la OCDE, en estos casos,

“la firma tiene la capacidad [...] para restringir la competencia a través de limitar la calidad u otros términos en los cuales una firma rival aguas arriba o aguas abajo obtiene acceso a los servicios del eslabón monopólico, para [...] limitar el alcance de la entrada de nuevos competidores en la actividad complementaria, o para acudir a procedimientos legales o regulatorios que dilaten el otorgamiento de acceso.”¹⁰

De manera complementaria, la OCDE evaluó las alternativas que tiene disponible un regulador para enfrentar estas, a saber: (i) medidas estructurales que se enfocan en la separación de la propiedad por actividades para eliminar los incentivos del agente regulado y (ii) las soluciones de comportamiento, en el que el regulador busca prohibir las conductas de los agentes tendientes a restringir el acceso¹¹.

Posteriormente, en 2011, la OCDE evaluó las experiencias de los países pertenecientes a la organización, sobre la adopción de soluciones estructurales y de conducta, y concluyó que

“además de los costos de la separación, tanto los costos de dismantelar la empresa como las posibles pérdidas de economías de alcance y escala, un temor frecuente es el efecto potencialmente perjudicial que la separación estructural tiene sobre los incentivos a la inversión, en particular frente a inversiones de gran escala en el desarrollo y mejora de redes.”¹²

En Colombia, el art. 74 de la Ley 143/94 (sustituido por el art. 298 de la Ley 1955 de 2019) permite que un agente del mercado desempeñe de manera simultánea, ya sea por medio de una sola persona jurídica o mediante un grupo de agentes respecto de las cuales exista situación de control, las actividades de generación, distribución y comercialización¹³. A nivel regulatorio, esta regla se complementó con la Res. CREG 101 001/22, la que incorpora la figura del gestor independiente de datos e información (GIDI) como un agente sin vinculación societaria con prestadores del servicio público de energía eléctrica, para gestionar la información de los consumidores de la medición inteligente¹⁴.

Actualmente, las reglas o restricciones que existen en materia de transmisión son únicamente provenientes de la regulación y no de la ley en sí. Es decir, a pesar de que no existe una prohibición expresa de origen legal a la actividad de transmisión para integrarse con las demás actividades de la cadena de valor, sí existe a nivel regulatorio las limitaciones impuestas en (i) el literal (a) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 y (ii) el artículo 2 de la Resolución CREG 095 de 2007.

Además, el art. 2 de la Res. CREG 095/07 señala que un generador, distribuidor y comercializador no podrá ser propietario de más del 15% de las acciones de una empresa que desarrolla la transmisión¹⁵, siempre y cuando los ingresos de la empresa transmisora “representen más del 2% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional”¹⁶.

En cuanto al mercado de gas natural, los límites a la integración vertical provienen exclusivamente de la regulación. El art. 5 de la Res. CREG 057/96 obliga a separar la propiedad de las actividades de transporte de la producción, distribución y comercialización de gas natural. Específicamente, la regulación mencionada prohíbe al transportador realizar de manera directa estas actividades, así como tener interés económico (*i.e.* 25% de la participación accionaria) en empresas que desarrollen tal actividad, de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de la Res. CREG 057/96. Según este mismo artículo, un productor y un distribuidor podrán ser comercializadores de gas natural.

El literal (d) del art. 6 de la Res. CREG 057/96 establece unos límites a la integración entre las actividades de producción y distribución: (i) un productor de gas natural únicamente podrá tener el 20% de la participación en una empresa que participe en el eslabón de distribución y (ii) el capital de una empresa distribuidora no podrá pertenecer en más del 30% a productores de gas natural. Estas restricciones solo aplican para empresas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 142/94.

También existe un límite a la integración vertical entre la actividad en monopolio de transporte de gas natural y la actividad en competencia de generación de energía eléctrica. El art. 7 de la Res. CREG 057/96

dispone que un transportador no podrá desarrollar la actividad de generación eléctrica a gas natural si la planta se encuentra dentro de su área de operación, pero sí podrá poseer hasta el 25% del capital.

A su vez, el artículo 3 de la Resolución CREG 186 de 2020 incluyó la definición de “productor-comercializador”. Bajo esta definición, la CREG incluyó una restricción regulatoria con la que los productores-comercializadores no podrán realizar transacciones de intermediación comercial de la compra de gas natural y su venta a usuarios finales. Al mismo tiempo, se incluyó una restricción adicional respecto de la cual los productores-comercializadores no podrán tener intereses económicos (es decir, una participación en el capital social) en empresas dedicadas a la comercialización.

Por último, es importante aclarar que los arts. 11.6 y 170 de la Ley 142/94, así como el art. 30 de la Ley 143/94, imponen a los agentes que desarrollan las actividades en monopolio la obligación de facilitar el acceso a la infraestructura. Asimismo, el numeral 4 del art. 39 de la Ley 142/94 faculta a la CREG a imponer servidumbres cuando las partes no logran ponerse de acuerdo sobre “el acceso compartido o la interconexión a bienes indispensables para la prestación de servicios públicos”¹⁷.

En gas natural, el procedimiento y la decisión de otorgar acceso a la red corresponde al transportador (Res. CREG 071/99) o al distribuidor (Res. CREG 067/95 y 057/96). En energía eléctrica, la Res. CREG 075/21 dispuso que todo está en cabeza de la Unidad de Planeación Minero-Energética (en adelante, UPME).

Integración vertical entre actividades en competencia: generación/producción con comercialización

Según las directrices sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales de la Comisión Europea, la integración vertical de actividades en competencia pueden generar estos efectos perjudiciales para el mercado: (i) negativa a vender a un tercero o venta a un mayor valor para incrementar artificialmente el costos a los rivales¹⁸, (ii) bloqueo de clientes, que se presentaría cuando el agente verticalmente integrado se niega a comprar y reducir las compras de insumos a una empresa que no sea de su organización empresarial, o cuando la empresa compra en condiciones menos favorables a los terceros que cuando se compra el insumo a sí misma¹⁹.

En el mercado eléctrico ha sido objeto de análisis, el tema de la discriminación de precios entre usuarios regulados y no regulados²⁰ y su relación con la integración vertical entre las actividades de generación y comercialización. La lógica económica de la discriminación de precios hace referencia a la venta de un mismo producto a precios diferentes a los consumidores, en atención a su disposición a pagar. Sobre este particular, la SIC resaltó lo siguiente sobre la contratación bilateral: (i) para atender los usuarios no regulados, los generadores verticalmente integrados con la actividad de comercialización tienen incentivos para autoabastecerse a precios que son inferiores al promedio del mercado²¹ y (ii) para atender los usuarios regulados, el generador tiene incentivos para venderle a su propio comercializador a precios que son superiores al promedio del mercado.

Posteriormente, el informe elaborado por el Centro de Estudios en Economía Sistémica (ECSIM) profundizó sobre este último incentivo y concluyó que esto obedece a que la regulación permite a tales agentes trasladar significativamente sus costos al usuario final²², de manera que un sobre costo en las compras propias persigue una lógica de incremento de rentas del generador.

En el caso específico del sector eléctrico, el art. 74 de la Ley 143/94 permite la integración entre las actividades en competencia de generación y comercialización de energía eléctrica. Sin embargo, los agentes del mercado están sujetos a la limitación de poder cubrir con energía propia más del 40% de la energía requerida para atender la demanda de su mercado regulado.

Este límite legal fue complementado mediante los arts. 18 y 19 de la Res. CREG 130/19, en el sentido de imponer una senda de reducción de las compras propias. En principio, esta limitación aplica entre dos actividades en competencia (*i.e.* generación y comercialización), sin embargo, su lógica se debe a que los distribuidores son los principales comercializadores en las áreas donde operan las redes.

Adicionalmente, la misma Res. CREG 130/19 obliga a los comercializadores que atienden usuarios regulados a realizar sus compras por medio del Sistema Centralizado de Información de Convocatorias Públicas, el cual es administrado por XM S. A. E. S. P. La misma regulación también impone obligaciones específicas a los agentes verticalmente integrados bajo lo establecido en el art. 16.

Por otro lado, en el sector de gas natural no existe regulación que obligue a los comercializadores a adquirir el suministro por medio de plataformas transaccionales administradas por terceros. En materia de gas natural y energía eléctrica, el artículo 7 de la Res. CREG 057/96 dispone que un productor no podrá desarrollar la actividad de generación eléctrica a gas natural pero sí podrá tener hasta el 25% del capital social de una empresa que desarrolle tal actividad.

Concentración de la oferta, medidas regulatorias para limitar el tamaño de los agentes y poder de mercado

La concentración de la oferta del mercado de generación fue objeto de un análisis detallado por parte de la SIC durante el periodo comprendido entre 2014 y 2015, dada la decisión del Gobierno nacional de privatizar Isagen S. A. E. S. P. De acuerdo con los análisis realizados por la SIC, “las cinco empresas con mayor participación en el mercado podrían comportarse de manera oligopólica al ostentar 77,36% de la participación del mercado”²³.

En el caso de la comercialización, la SIC igualmente realizó un análisis detallado en 2020, tras la venta de Electricaribe S. A. E. S. P. e identificó que los cinco líderes del mercado de comercialización acumulan una participación similar del 79%²⁴. A una conclusión similar ha llegado la Unidad de Monitoreo para Mercados de Energía y Gas de la Superservicios²⁵.

En cuanto al mercado de producción de gas natural, la SIC ha definido que existe un mercado en la costa norte y otro en el interior del país²⁶. En 2020, la SIC analizó la concentración del mercado de la costa norte y encontró que las primeras dos empresas agrupan el 94% de la participación de dicho mercado²⁷. Adicionalmente, la Unidad de Monitoreo para Mercados de Energía y Gas de la Superservicios estima constantemente las cuotas de participación de los productores de gas a nivel nacional y los tres líderes agrupan el 89% de la participación²⁸, siendo Ecopetrol S. A. el principal jugador con 59%.

En materia de concentración de la oferta, la CREG ha manifestado que “la preocupación del regulador en cuanto a los límites [sic] integración y participación se centra en la formación de precios eficiente”²⁹. Por este motivo, en el sector eléctrico existen límites en la actividad de generación y en la comercialización. En contraposición, y de manera contradictoria con la lógica económica, en el mercado de gas natural no existen límites a la participación de mercado de producción de gas a pesar de encontrarse aún más concentrado que el de energía eléctrica.

La Ley 142/94, por medio del art. 14.13, determina y define el concepto de la posición dominante. Para la generación de energía eléctrica, las reglas sobre la participación de un agente en el mercado se establecen en la Res. CREG 060/07, la cual expone una regulación diferencial según la participación de cada agente³⁰ y la concentración del mercado, específicamente, la regla actual dispone dos casos³¹: (i) cuando la participación de un agente en la actividad de generación eléctrica se encuentra entre el 25% y el 30%, y simultáneamente el índice de concentración de Herfindahl Hirschman (IHH)³² es mayor o igual a 1800 y (ii) cuando la participación de un generador en la actividad de generación es mayor o igual a 30% y el IHH es mayor o igual

a 1800. Se obliga a que tal agente ponga a disposición de otros agentes la energía suficiente para que opere la competencia.

También existe un límite para la integración horizontal para los casos en los que se presenten fusiones o adquisiciones por parte de generadores de energía eléctrica, regla establecida bajo lo estipulado por el art. 6 de la Res. CREG 060/07. De manera complementaria, el art. 2 de la Res. CREG 101/10 establece otro límite para evitar una transacción que tenga como resultado la consolidación de un agente pivotal³³.

En el mercado de comercialización de energía eléctrica, el art. 4 de la Res. CREG 128/96 (modificado por la Res. CREG 024/09) establece que “ninguna empresa podrá tener, directa o indirectamente, una participación superior al 25% en la actividad de comercialización de electricidad”. Sin embargo, la correcta interpretación de este límite regulatorio debería complementarse con un “[r]égimen transitorio especial”, contenido en el art. 318 de la Ley 1955/19³⁴. Esta última disposición normativa explica que EPM y sus filiales tengan a la fecha una participación que supera el 25% tras la adquisición de Caribemar S. A. S. E. S. P.

Ahora bien, en el caso del gas natural, únicamente existe una limitación relacionada con la explotación de un campo productor mediante un acuerdo de colaboración entre competidores, según el art. 2 de la Res. CREG 093/06. Para que un conjunto de productores pueda superar esta limitación, estos tienen la carga de demostrar a la CREG los criterios contenidos en el art. 3 de la Res. CREG 093/06. Respecto del mercado de comercialización de gas natural, la CREG había establecido una limitación a la participación del 25% por la Res. 057/96. Sin embargo, mediante la Res. 112/07 quedó suprimida aquella limitación.

Por último, el poder de mercado de los generadores/productores se puede materializar de diferentes formas: (i) discriminación de precios en línea terciaria, (ii) incremento de los precios en bolsa y (iii) reporte de costos sobrestimados.

Discriminación de precios en línea terciaria

Una de las conductas que ha identificado la CREG en ambos sectores es conocida en la literatura como discriminación de precios en línea terciaria, que se refiere a aquellas situaciones en las que el precio ofrecido por el vendedor al comprador cambia en atención a la identidad de quien sería el consumidor final atendidos por el comprador del insumo³⁵. El incentivo de extraer rentas mediante una discriminación en línea terciaria se produce cuando el agente generador tiene poder de mercado, y dicho poder lo traslada en la negociación con el comercializador para extraer rentas del usuario final de acuerdo con su elasticidad.

En energía eléctrica, la CREG ha encontrado diferencias en los contratos del mercado regulado y el no regulado, debido a que los usuarios regulados son más inelásticos que los no regulados y, por ende, pueden pagar más³⁶. Para el caso de gas natural, el regulador llegó a una conclusión similar en la cual se ha observado que en los contratos de cinco años hay menores precios para la demanda industrial y de gas vehicular en comparación con los hechos para la demanda residencial y termoeléctrica.

Ejercicio de poder de mercado en la bolsa de energía para incrementar artificialmente el precio de cierre

La SIC se ha pronunciado sobre el riesgo de ejercicio de poder de mercado en la bolsa de energía por parte de los generadores, en el sentido de resaltar que el sistema de precios uniformes puede dar paso a una estrategia de retención de cantidades. En palabras de la SIC:

“en un sistema de precio uniforme en bolsa como el colombiano, en virtud del cual se fija la remuneración a todos los agentes según la oferta de la última planta que entra en mérito, surge un incentivo para los

generadores con poder de mercado de retener oferta con el fin de incrementar artificialmente el precio de bolsa y los ingresos asociados a esta variable.”³⁷

T4 Reporte de costos sobrestimados para remuneración de la generación eléctrica por seguridad

Existen situaciones particulares en las que resulta indispensable que un generador térmico genere para evitar la suspensión del servicio por razones técnicas relacionadas con restricciones en la red (esto se conoce como generación por seguridad), a pesar de que su costo de producción sea de los más altos del mercado. En estos casos, la CREG reguló, con la Res. 044/20, el precio que se puede remunerar esa generación por seguridad, a partir de los costos en los que incurre el generador³⁸. En este tipo de situaciones, la SIC ha señalado que “existen incentivos en la regulación vigente para que los agentes térmicos declaren variables sobreestimadas, con el fin de recibir un mayor precio”³⁹.

Complejidad en la interacción entre el comercializador y el consumidor final por el riesgo moral y el surgimiento de tecnologías disruptivas que empoderan al consumidor

En el ámbito económico y moral, el riesgo moral es un fenómeno que ha sido objeto de estudio y debate durante mucho tiempo. El reconocido economista N. Gregory Mankiw abordó este al mencionar que

“el riesgo moral es un problema que surge cuando una persona, llamada agente, está desempeñando una tarea en nombre de otra persona, llamada principal. Si el principal no puede monitorear perfectamente la conducta del agente, éste tiende a hacer menos esfuerzo de lo que el principal considera deseable.”⁴⁰

Por su parte, Macho & Stadler profundizan sobre este punto en el sentido de indicar que “una vez el contrato se ha firmado, el principal no puede observar (o no puede verificar) la acción (o el esfuerzo) del agente o, al menos, el principal no puede controlar perfectamente la acción”⁴¹.

En los sectores de energía eléctrica y gas natural, la CREG ha identificado que el usuario como actor principal, elige a un comercializador como agente para que lo represente ante los demás agentes de la cadena de valor. No obstante, esta relación está enmarcada por una asimetría en la información y un conflicto de intereses que incentiva al comercializador a optar por aquella alternativa que le permita extraer rentas en detrimento de los intereses del usuario⁴².

La misma Ley 142/94 reconoce esta situación en su art. 14.3, en el que señala que existe una posición dominante subjetiva. Esta situación se debe entender respecto de la relación contractual y no como una posición de dominio objetiva frente al mercado, así, como se define en el art. 45 del Decreto 2153/92⁴³. Como consecuencia de esta posición dominante subjetiva, el art. 133 de la Ley 142/94 establece un conjunto de cláusulas abusivas que el comercializador deberá abstenerse de incluir en sus contratos con el usuario.

Por último, el siglo XXI ha visto el surgimiento de tecnologías que permiten la eficiencia energética⁴⁴, la autogeneración y venta los excedentes al mercado⁴⁵, la medición inteligente, la movilidad eléctrica o a gas natural y demás recursos energéticos distribuidos⁴⁶. Este tipo de innovaciones implica un empoderamiento frente a los patrones de consumo de la demanda y frente a los diferentes agentes que participan en la cadena de valor, toda vez que el consumidor pasa a desempeñar un rol más activo en la cadena de valor hasta el punto de alcanzar “la figura del ‘prosumer’ (un usuario que es concurrentemente consumidor y generador que entrega energía a la red)”⁴⁷.

Para que estas innovaciones tecnológicas surjan en los mercados, la CREG es consciente de que estas tecnologías constituyen una oportunidad para superar el problema de riesgo moral que existe entre usuarios finales y consumidores, pero para que esto ocurra es preciso superar las barreras de entrada causadas por la estructura del mercado y por la falta de información útil y oportuna para la toma de decisiones.

En conclusión, la cadena de valor de energía eléctrica y gas natural tiene cuatro fallas de mercado que justifican la expedición de regulación para promover la competencia: (i) existe integración vertical entre una actividad en monopolio y una en competencia; (ii) hay integración vertical entre las actividades en competencia; (iii) la estructura de ambos mercados se caracteriza por tener altamente concentrada la oferta y por tener agentes con poder de mercado, y (iv) la complejidad entre la interacción de la oferta y la demanda ocasiona problemas de riesgo moral en la relación del principal agente que podrían superarse con el empoderamiento del consumidor por medio de la innovación tecnológica.

Estas cuatro características fueron fundamentales para la expedición de las reglas de comando y control por parte de la CREG, sin embargo, tal regulación ha sido insuficiente para lograr su objetivo y, por el contrario, ha incentivado el cumplimiento creativo por parte de los agentes del mercado, tema en el que se profundizará a continuación.

Reglas de comportamiento establecidas en la Res. CREG 080/19

La Res. CREG 080/19 representa un cambio en el enfoque regulatorio de la CREG, que consiste en reconocer que la aproximación tradicional de comando y control ha generado un riesgo de cumplimiento creativo de las reglas que puede afectar el funcionamiento eficiente del mercado.

La CREG motivó su cambio de enfoque regulatorio en dos causas. En primer lugar, el aumento de reglas sobre aspectos específicos aumenta el número de “áreas grises en el mercado regulatorio”, esto genera casos en los que los agentes realizan abusos de la regulación⁴⁸. En segundo lugar, los avances en la tecnología implican cambios sobrevinientes en la cadena de la prestación del servicio público tradicional, lo que hace que el regulador tenga el reto de lograr que el marco regulatorio responda a tiempo y de manera justificada a las necesidades del mercado⁴⁹.

Así, la Res. 080 plantea una serie de obligaciones o normas generales de comportamiento, mediante las cuales se define el marco con el que los prestadores de servicios públicos podrán entender y complementar sus obligaciones existentes⁵⁰.

Ahora bien, las reglas de comportamiento establecidas por la CREG son normas generales que guían el actuar de los agentes prestadores que buscan promover la eficiencia en los mercados, prevenir la existencia de prácticas discriminatorias en la prestación de los servicios, impedir los abusos de posición dominante y eliminar las barreras artificiales que limitan el libre acceso a instalaciones esenciales de redes⁵¹.

En primer lugar, la Res. CREG 080/19 incorpora obligaciones de conducta relacionadas con la interpretación de las normas según los objetivos regulatorios y, específicamente, se fija en la procura del interés del usuario y la eficiencia del mercado. Además, incorpora obligaciones que buscan que los agentes no incurran en conductas que eludan los fines de la regulación de manera directa o indirectamente que engañen a los usuarios, agentes del mercado o autoridades. Dentro de estas obligaciones se resaltan las siguientes: (i) art. 4 - Numeral 4.2, 4.3 y 4.4, (ii) art. 5 y (iii) art. 6.

Por otro lado, el art. 11 de la Res. CREG 080/19 establece reglas de comportamiento tendientes a lograr que el desarrollo de las actividades realizadas por parte de los agentes que participan en las cadenas de prestación del servicio, se realice, de manera independiente, incluso cuando están integradas.

Por otra parte, las reglas de comportamiento reconocen que algunos prestadores cuentan dentro de sus activos con bienes esenciales que no son susceptibles de ser replicados y que son necesarios para participar en el mercado⁵². Las redes de transmisión, transporte y distribución son bienes esenciales por la condición de

monopolio natural en la prestación de este servicio, motivo por el cual existe el riesgo de que se limite el acceso a estos. Esta contingencia es aún mayor cuando un agente del mercado participa, de manera simultánea, en una actividad monopólica y en una que está en competencia.

En este sentido, el art. 9 de la Res. CREG 080/19 fijó lineamientos sobre la importancia de publicar los procedimientos para que los usuarios y otros agentes del mercado se conecten a la red, también estableció en el art. 16.2 y 16.3 una obligación general de libre acceso a bienes esenciales empleados para la organización y prestación de los servicios.

Con respecto a los agentes que tienen acceso a la información centralizada sobre el funcionamiento de los mercados o la operación de las actividades (como de hecho ocurre en aquellos casos en los que un agente es el propietario de las redes de transmisión/transporte o distribución, o frente a empresas que actúen como administradores del mercado tipo XM S. A. E. S. P. y la Bolsa Mercantil de Colombia S. A.), el art. 12 de la Res. CREG 080/19 establece obligaciones para evitar asimetría en las condiciones de competencia. Además, el mismo artículo exige a los agentes a

“abstenerse de compartir total o parcialmente la información centralizada con terceros o con quienes tenga una situación de control y que i) no sea de conocimiento público; ii) tenga valor comercial para la estrategia competitiva del titular; y iii) su divulgación total o parcial tenga efectos sobre el nivel de competencia en el mercado.”

Además, la Res. CREG 080/19 establece obligaciones que prohíben la discriminación, los subsidios cruzados, el acaparamiento de la oferta y la distorsión del funcionamiento eficiente del mercado. Los artículos que contienen aquellas prohibiciones son: (i) art. 19, (ii) art. 20, (iii) art. 21 y (iv) art. 23.

Por último, en cuanto a los problemas de riesgo moral en la relación entre comercializadores y usuarios, la Res. CREG 080/19 establece tres tipos de obligaciones: (i) divulgación de información completa para la toma de decisiones, (ii) procura del interés superior del usuario y (iii) gestionar y revelar conflictos de interés. Estas obligaciones se encuentran en los siguientes artículos: (i) art. 7, (ii) art. 8, (iii) art. 13 y (iv) art. 14.

En conclusión, las reglas de comportamiento en el mercado, contenidas en la Res. CREG 080/19, se caracterizan por su redacción basada en principios para mitigar el riesgo de cumplimiento creativo o abuso del derecho y para la promoción de la competencia.

Análisis sobre los pros y contras de la concurrencia de la Superservicios y la SIC como autoridades competentes

La literatura de la OCDE advierte que la coexistencia de un regulador/supervisor con una autoridad de protección de competencia tiene a favor la complementariedad y en contra el riesgo de inconsistencia. El presente capítulo profundizará sobre la complementariedad de la SIC, dado que cuenta con herramientas de derecho administrativo sancionador más robustas (*i.e.* facultades sancionatorias de mayor impacto, aceptar garantías e imponer medidas cautelares), así como la importancia del conocimiento específico de la Superservicios para avanzar investigaciones del más alto nivel de tecnicismo sectorial.

Sin embargo, hay casos en los que la inactividad de la SIC, frente a casos trasladados por la Superservicios, ha puesto en evidencia la inconsistencia en cuanto a prioridades y objetivos de política pública. Por último, en el transcurso del capítulo, los autores presentarán recomendaciones para modificar la Ley 142/94 y para fortalecer la coordinación entre autoridades, dado que los casos analizados también muestran oportunidades de mejora en el cumplimiento de los principios de economía y coordinación del derecho administrativo.

Literatura de la OCDE sobre la interacción entre autoridades de supervisión de la promoción y la protección de la competencia

La coexistencia entre autoridades encargadas de la supervisión de la regulación y las autoridades de competencia es una situación usual en los países OCDE. En este sentido, el documento “Reguladores del sector independientes y su relación con las autoridades de competencia”, recoge las conclusiones de una mesa redonda realizada en 2020 sobre este tema. Sobre este punto, es importante aclarar que la estructura institucional más común en los países OCDE, incluye un regulador con facultades para expedir normas y supervisarlas. En consecuencia, la forma correcta de analizar la literatura de la OCDE sobre esta materia es entender que cuando la OCDE menciona el sustantivo regulador, se refiere a regulador/supervisor.

En primer lugar, la OCDE reconoce que los intereses de los reguladores/supervisores y de las autoridades de competencia usualmente convergen, de manera que las actuaciones de los reguladores/supervisores y las autoridades de competencia se complementan entre sí. En palabras de la OCDE:

“(i) cuando existen fallas de mercado, los reguladores usualmente promueven reglas que tengan como resultado la limitación del poder de mercado⁵³[y] (ii) las autoridades de competencia tienen mucho que aprender de la experticia sectorial de un regulador especializado, mientras que los reguladores sectoriales pueden aprender de mientras que los reguladores del sector pueden aprender de la amplitud y de la aplicación por parte de las autoridades de competencia de las reglas basadas en principios.”⁵⁴

En contraposición, la misma OCDE resalta que esta coexistencia tiene como contrapartida el riesgo de inconsistencia. Esta situación puede surgir por “diferencias en los objetivos, diferencias en las reglas sustantivas, diferencias en las reglas procesales y capacidades de recopilación de información y diferencias en la evaluación de casos”⁵⁵.

Frente a esta realidad, la OCDE concluye que es importante que entre el regulador/supervisor y la autoridad de competencia existan herramientas de coordinación, tales como (i) acuerdos de entendimiento para el intercambio de información, (ii) canje de funcionarios y (iii) elaboración de reportes conjuntos, entre otros.

Coexistencia entre la Superservicios y la SIC como autoridades administrativas encargadas de supervisar la promoción y la protección de la competencia

En Colombia, la facultad de la Superservicios en materia de derecho administrativo sancionador se encuentra legalmente consagrada en el numeral 1 del art. 79 de la Ley 142/94⁵⁶. Adicionalmente, la Ley 142/94 le otorgó en el art. 81 a la Superservicios la competencia de sancionar a los prestadores de servicios públicos domiciliarios o actividades complementarias de estos, que violen las normas a las que deben estar sujetas⁵⁷. En ese sentido, la Superservicios es la primera autoridad competente para supervisar y desplegar sus facultades de derecho administrativo sancionador respecto del cumplimiento de la Res. CREG 080/19.

En 2009, el país avanzó hacia el objetivo de consolidar en cabeza de la SIC la facultad de autoridad nacional de competencia, mediante la expedición de la Ley 1340 de 2009⁵⁸. En consecuencia, la SIC quedó con la facultad *ex-post* de protección de la competencia, en los siguientes términos:

“Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales.”⁵⁹

En el artículo académico, sobre la “[a]plicación de la regulación promoción de la competencia en los servicios públicos domiciliarios por la Superintendencia de Industria y Comercio”⁶⁰, los autores plantearon como hipótesis que la SIC es competente para desplegar sus facultades de derecho administrativo sancionador para supervisar el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia⁶¹, emitidas por la CREG en los mercados de energía eléctrica y gas natural, cuando los mismos hechos evidencien una infracción regulatoria y una práctica restrictiva de la competencia.

En dicho artículo académico, los autores demuestran que se presenta dicho caso en las siguientes actuaciones administrativas: (i) Res. 4907/13, por la cual la SIC sanciona a Gases de Occidente por la conducta de abuso de posición dominante en mercados conexos; (ii) Resoluciones SIC 8100 y 53977 de 2012, relacionadas con el cierre de una investigación a Empresas Públicas de Medellín (en adelante, EPM) por ofrecimiento de garantías; (iii) Res. 25036/14, por la cual se sanciona a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (en adelante, EAAB) y otros por violación del régimen de competencia en el servicio de aseo, y (iv) Res. 14305/18, por la cual se sanciona a la EAAB por abuso de posición de dominio en el servicio público de acueducto.

A continuación, y con base en un análisis de casos específicos decididos por cada autoridad, proceden los autores a profundizar sobre la complementariedad como principal argumento a favor de esta concurrencia de autoridades, seguido de un análisis sobre riesgos de inconsistencia.

Sobre los casos de EBSA, EPM y Emgesa-Efigas, como ejemplos de la complementariedad de la SIC, dado que cuenta con herramientas de derecho administrativo más robustas que la Superservicios

Por medio del análisis de los casos EBSA, EPM y Emgesa-Efigas, los autores desarrollarán los beneficios de la complementariedad, dado que la SIC ofrece a un afectado tres herramientas de las que carece la Superservicios: (i) mayor capacidad sancionatoria para imponer multas a las personas jurídicas y la posibilidad de multar a personas naturales, (ii) el ofrecimiento de las garantías como mecanismo de terminación anticipada de una investigación y (iii) la facultad de impartir órdenes y medidas cautelares. Este análisis de complementariedad entre la Superservicios y la SIC también muestran que la coexistencia genera ineficiencias en el Estado, situación que podría superarse si la Ley 142/94 es modificada para equiparar las herramientas que tienen ambas autoridades de derecho administrativo sancionador.

La SIC cuenta con una mayor capacidad sancionatoria tanto para imponer multas a personas jurídicas y personas naturales como para impartir órdenes cuando la multa sea insuficiente para restablecer la competencia

Mediante la Ley 2195/22, se dio un incremento significativo de las facultades sancionatorias de la SIC. El art. 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el art. 67 de la Ley 2195 de 2022) faculta a la SIC a imponer la multa que resulte mayor según los siguientes criterios: (i) el 20% de los ingresos operacionales en el año fiscal anterior a la sanción, (ii) el 20% de valor del patrimonio del infractor del año fiscal anterior y (iii) un monto de 100000 SMLMV.

En contraposición a lo explicado, la Ley 142/94 le otorgó, en el numeral 1 art. 81 a la Superservicios, la facultad de imponer multas “hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. [...] Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años”. En cuanto a personas naturales, el art. 81 no establece una facultad de imponer multas, pero sí de

emitir una orden de separación del empleado de la ESP y una prohibición al trabajador de trabajar en empresas similares hasta por 10 años.

Es importante poner de presente que el Congreso, mediante las leyes del Plan Nacional de Desarrollo 1753/15 (art. 208), 1955/19 (art. 19) y un Proyecto de Ley de 2019 y 2020⁶², ha intentado incrementar la capacidad sancionatoria de la Superservicios a 100000 salarios mínimos (para el proyecto de Ley 10% del ingreso operacional) para personas jurídicas y entre 1500 a 2000 para personas naturales. Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-092-2018 y C-030-2021 ha declarado inexequibles tales aumentos de las multas por falta de unidad de materia.

La comparación entre ambos poderes sancionatorios demuestra de entrada que la SIC posee una mayor capacidad para las personas jurídicas y que la Superservicios no puede imponer multas a las personas naturales. Si la motivación del afectado para acudir a la SIC en vez de la Superservicios es acceder a un foro con mayor facultad sancionatoria, tal situación sería superable si la Ley 142/94 finalmente se modificara de manera permanente para igualar el monto de las multas de ambas autoridades.

Para ejemplificar lo mencionado, es relevante analizar la Res. 3694/13, con la que la SIC le impuso a la Empresa de Energía de Boyacá S. A. E. S. P. (en adelante, EBSA) una sanción por un valor de 8066 SMMLV (equivalentes en la época a COP4754745000 y a cuatro veces el máximo valor que hubiera podido imponer la Superservicios de multa) por violar el numeral 6 del art. 50 del Decreto 2153/92, al considerar que el cobro realizado por EBSA, por concepto de homologación de medidores calibrados en laboratorios diferente al suyo, constituyó un abuso de la posición dominante de EBSA en el mercado de distribución-comercialización⁶³.

Además, la SIC analizó la conducta del representante legal y concluyó que también era responsable por haber autorizado la tarifa de homologación, por lo que le impuso una sanción de 80 SMMLV (equivalente a 47160000)⁶⁴. Situación que la SSPD no hubiese podido realizar.

El ofrecimiento de garantía como mecanismo de terminación anticipada de una investigación en cabeza de la SIC

El art. 52 del Decreto 2153/92 (adicionado por el art. 16 de la Ley 1340/09) establece la figura del ofrecimiento de garantías, la cual se puede entender como una herramienta de eficiencia administrativa, como también un mecanismo para lograr el cumplimiento de las normas de protección a la competencia. Del mismo modo, estas podrían traer ventajas importantes para la administración para garantizar la modificación o suspensión de conductas anticompetitivas que perjudiquen el mercado y la libre competencia. En contraposición, la Superservicios carece de esta facultad de aceptar el otorgamiento de garantías.

Mediante las resoluciones SIC 8100 y 53977 de 2012, relacionadas con el cierre de una investigación a EPM, se ejemplifica la facultad que tiene la SIC de aceptar garantías como método de clausura de las investigaciones administrativas. Antes de que la SIC emitiera la Res. SIC 53977/12, por medio de la cual aceptó el ofrecimiento de garantías por parte de EPM, la Superservicios mediante la Res. SSPD 11985/10 ya había impuesto una sanción por un valor de COP200335000 por los mismos hechos citados por la SIC en la resolución en cuestión. Sin embargo, la sanción de la Superservicios no generó solución alguna al problema.

En cuanto a la sanción que le impuso la Superservicios a la empresa EPM, se determinó que se había violado la restricción a la integración vertical de actividades contenido en el art. 5 de la Res. CREG 057/96, la cual le impide a un distribuidor y comercializador de gas desarrollar la actividad de transportador⁶⁵. En términos de la Superservicios, EPM, al construir el proyecto “Rama de Oriente”, desarrolló un “gasoducto de transporte que une los municipios del Valle de Aburrá con el Oriente Antioqueño [...], lo cual en su calidad de distribuidor implica una violación al régimen de integración vertical previsto en la Res. CREG 057 de 1996”⁶⁶.

La Superservicios, antes de imponer la sanción, remitió a la SIC la denuncia por considerar que con los mismos hechos se había afectado el régimen de competencia, lo que derivó en la Res. SIC 8100/12, por medio de la cual la autoridad de competencia le abrió una investigación a EPM por las presuntas infracciones del art. 1 de la Ley 155/59 (la prohibición general) y el numeral 6 (obstrucción de acceso a los mercados o a los canales de comercialización) del art. 50 del Decreto 2153/92.

En términos de la SIC, los hechos puestos en conocimiento por la Superservicios fueron suficientes para considerar que EPM presuntamente habría incurrido en prácticas restrictivas de la competencia, ya que había obtenido beneficios económicos para considerar construir el Ramal del Oriente, a sabiendas de que la regulación lo prohibía⁶⁷.

Respecto de la aplicación de la regulación emitida por la CREG, en materia de promoción de la competencia, es importante resaltar el vínculo realizado por la SIC entre la prohibición general contenida en el art. 1 de la Ley 155/59 y las normas que limitan la integración vertical⁶⁸. Además, y luego de interpretar la norma sobre promoción de la competencia emitida por la CREG, la SIC indicó que tales hechos presuntamente violaban el art. 1 de la Ley 155/59 por tratarse de una posible

“práctica, procedimiento o sistema por parte de EPM con la construcción de un ramal de transporte, aparentemente con la capacidad suficiente de obstaculizar la expansión o excluir la participación de otros agentes en el mercado de transporte de gas natural.”⁶⁹

Tiempo después, mediante la Res. n.º 53977/12, la SIC decidió aceptar las garantías ofrecidas por la empresa EPM, consistentes en separar la infraestructura construida en el oriente de Antioquia (por la que se les abrió investigación) y la ya existente en el Valle de Aburrá. Es así que la descripción del ofrecimiento, realizado por EPM y aceptado por la SIC, fue la instancia ante la SIC la que finalmente permitió solucionar la controversia de manera definitiva⁷⁰.

En este sentido, la promoción de la competencia fue el núcleo de la decisión de la SIC que llevó a esta a aceptar las garantías que se pusieron a realizar a la investigada, pero, aún más importante, la decisión de la SIC logró trascender de la sanción a una solución que garantizara el cumplimiento definitivo de las normas sobre la promoción de la competencia, lo que no se había logrado con la sanción de la Superservicios.

Sin embargo, este caso también muestra un problema de economía administrativa de acuerdo con el art. 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. El caso de EPM muestra que fue necesario el esfuerzo de dos autoridades para solucionar una misma situación, y que la utilización de tiempo y recursos por la Superservicios resultó insuficiente. De esta manera, los autores plantean que el modificar la Ley 142/94, para permitir a la Superservicios la aceptación de garantías, sería igualmente deseable para favorecer la economía administrativa.

Las facultades de la SIC para imponer órdenes, incluyendo medidas cautelares

Por último, es importante mencionar que las facultades de la SIC van más allá de la imposición de multas. El art. 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el art. 67 de la Ley 2195 de 2022) faculta a la SIC a imponer órdenes e instrucciones, así como el numeral 11 del art. 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por la Ley 1340 de 2009).

Contrariamente, la Superservicios no posee facultades orientadas a la imposición de instrucciones para el cumplimiento de las sanciones a las que estarían sujetas las empresas de servicios públicos después de una investigación administrativa, a menos que se trate de una orden de suspender la actividad, que es de dificultad práctica, toda vez que tal orden podría ocasionar una suspensión del servicio público domiciliario a usuarios finales. Según el art. 81 de la Ley 142/94, la Superservicios únicamente podrá imponer una: “[o]rden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas”. En la misma línea, la Superservicios carece de facultades para imponer medidas cautelares.

A la fecha, los autores no conocen de medidas cautelares impuestas por la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC en temas relacionados con la promoción y protección de la competencia en energía eléctrica y gas natural. Sin embargo, sí existe un caso interesante ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC relacionado con medidas cautelares: el caso entre Emgesa S. A. E. S. P. (en adelante, Emgesa) y Efigas S. A. E. S. P. (en adelante, Efigas).

El caso que presentan los autores es interesante para este ejercicio académico, con la salvedad de que no se trató de un caso de derecho administrativo sancionador, sino del ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la SIC, toda vez que demuestra que las normas sobre promoción de la competencia tienen un tercer foro en el cual pueden ser objeto de protección: las facultades jurisdiccionales por competencia desleal establecida en la Ley 256 de 1996, tal y como sucedió en el caso anunciado. Específicamente, la conducta desleal contenida en el art. 18 de la mencionada ley, conocida como competencia desleal por violación de normas, resulta conducente para optar por el camino de pedirle a un juez que le exija a un agente del mercado que cumpla con la regulación.

El caso mencionado hace referencia a la solicitud de medidas cautelares presentadas por Efigas, mediante escrito del 14 de enero de 2014 ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC, para que le vendiera, brindara o entregara de manera completa y suficiente la capacidad de transporte⁷¹.

La petición se fundamenta en que, desde octubre y noviembre de 2014, Emgesa presentó una oferta de suministro de gas natural a las empresas CI Invernec S. A., Manufacturas de Aluminio Madeal S. A. y Skinco Colombit S. A., que habían contado con el servicio de Efigas por más de una década. Ante esto, al ser aceptada la oferta, Emgesa le informó a Efigas el cambio de comercializador y así mismo le solicitó por escrito que le vendiera la capacidad de transporte por los siguientes cinco años (es decir, hasta noviembre de 2019) ya que era indispensable para prestar el servicio a estos tres usuarios. Sobre lo anterior, Efigas “ofreció venderle la capacidad de transporte necesaria sólo por los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015”⁷², argumentando que la “Capacidad de Transporte que EFIGAS tiene contratada para la atención de sus Usuarios No Regulados, entre estos, los Usuarios que solicitaron el cambio de comercializador, vence en su totalidad el día 31 de enero de 2015”⁷³.

Con base en la negativa de Efigas para ceder la capacidad de transporte necesaria para que Emgesa pudiese atender a esos tres usuarios por el periodo de cinco años solicitado, esta última pidió medidas cautelares contra Efigas con base en la conducta de competencia desleal por violación de normas, según el art. 18 de la Ley 256/96⁷⁴, específicamente, era el inciso 7 del numeral 3) del literal f) del Anexo 7 de la Res. CREG 089/13, modificada por la Res. CREG 122/14.

En una primera medida, con el Auto 2888 del 22 de enero de 2015, la SIC desestimó la solicitud de medidas cautelares presentadas por Emgesa en primera instancia y también en recurso de reposición (Auto 6824 de 2015). La SIC consideró que Emgesa pudo haber acudido al mercado para conseguir la capacidad de transporte necesaria para poder atender a sus tres nuevos clientes⁷⁵.

Acto seguido, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2015, resolvió el recurso de apelación, revocando el Auto 2888 de 2015 y ordenó la imposición de la medida cautelar según las pretensiones de Emgesa. Para tomar esta decisión, el Tribunal tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) Efigas “es la única sociedad comercial que domina el mercado de gas en la ciudad de Manizales”, (ii) que tres usuarios atendidos históricamente por Efigas tomaron la decisión de cambiar a Emgesa como nuevo comercializador y (iii) que la ausencia de un acuerdo para la firma del contrato por un plazo de cinco años como lo requería Emgesa, “más parece ser un castigo para aquellos clientes que decidieron cambiar de comercializador [...] que ahora sirve de justificación al decreto de la medida cautelar previa que se reclama”⁷⁶.

Por lo anterior, el caso Efigas - Emgesa muestra que las facultades para dar órdenes e imponer medidas cautelares pueden solucionar un problema de competencia de manera más eficiente o complementaria a la

multa. Sin embargo, esta facultad la tiene la SIC y no la Superservicios. El caso de Efigas - Emgesa se utiliza únicamente para ilustrar con fines académicos el potencial de las órdenes y medidas cautelares en el sector eléctrico y de gas natural, pero los autores son conscientes de que se trató de un caso en el que la SIC desplegó funciones jurisdiccionales y no de derecho administrativo sancionador.

Sobre el caso Electricaribe y la complementariedad de la Superservicios dado que cuenta con un conocimiento específico para resolver casos difíciles que requieren de un alto nivel técnico

De acuerdo con los autores Ayres & Braithwaite, el despliegue de funciones de derecho administrativo sancionador ocasiona los siguientes riesgos: (i) por parte del agente de mercado, “engendra un juego del gato y el ratón regulatorio en el que las empresas desafían el espíritu de la ley al ubicarse en las zonas grises” y (ii) por parte de la autoridad, la preferencia por casos “específicos, simples que presenten una visible violación de la norma en descuido de casos que tengan como subyacente problemas sistémicos”⁷⁷.

En opinión de los autores, a pesar de que la Superservicios carece de facultades para multar a personas naturales, su poder sancionador es de tan solo 2000 salarios mínimos, no tiene facultades para aceptar el ofrecimiento de garantías y no puede imponer órdenes ni medidas cautelares, esta autoridad cuenta con un conocimiento más profundo sobre el mercado y su alto grado de sofisticación, que le permite investigar conductas más elaboradas que, a los ojos de la SIC, no representen una visible violación de la libre competencia. De hecho, de acuerdo con los antecedentes de la Res. CREG 080/19, este tipo de conductas fueron precisamente las que motivaron la expedición de las reglas de comportamiento del mercado.

Para elaborar esa posición que busca resaltar la capacidad de la Superservicios para investigar conductas sofisticadas de manipulación del mercado, es importante acudir al caso de Electricaribe, cuya investigación se inició ante la expedición de la Res. CREG 080/19. En dicho caso, la Superservicios sancionó a Electricaribe por el máximo de 2000 SMMLV (COP1656232000), en ejercicio de su actividad como distribuidor respecto del incumplimiento de sus obligaciones regulatorias en cuanto al reporte de la información de interrupciones en la prestación del servicio de energía eléctrica.

De acuerdo con el informe realizado por la Superservicios en 2017, Electricaribe era el prestador del servicio público de energía eléctrica que presentaba el servicio del país con mayor número de horas de interrupciones del servicio a sus usuarios. Sin embargo, el reporte de la Superservicios también arrojaba que Electricaribe, supuestamente, cumplía con la regulación en materia de calidad del servicio (Res. CREG 097/08). Además, la regulación preveía un esquema de compensaciones con las que el distribuidor estaba obligado a cobrar un menor cargo si las interrupciones superaban al umbral regulatorio. En consecuencia, durante 2016, Electricaribe cobró el valor total de su cargo regulado y no realizó compensaciones porque supuestamente sus interrupciones se mantenían dentro del umbral regulatorio o banda de indiferencia⁷⁸.

En el transcurso de la investigación administrativa adelantada por la Superservicios y que culminó con la Res. SSPD 20192400020195, esta autoridad de supervisión encontró que Electricaribe incurrió en una práctica de subreporte de interrupciones tras confrontar el número de transformadores y las horas de indisponibilidad que aparecían en la base de datos del Sistema de Gestión de Distribución con los valores reportados al Sistema Único de Información que administra la Superservicios por medio del formato dispuesto por dicha autoridad para el reporte de interrupciones⁷⁹. Además, la Superservicios corroboró que de no haber incurrido en el subreporte, Electricaribe hubiera superado el umbral regulatorio o banda de indiferencia de interrupciones, lo cual implicaba el deber de compensar a los usuarios⁸⁰.

La revisión de la parte motiva de la Res. SSPD 20192400020195 muestra que la carga de la Superservicios de demostrar el subreporte de información implicó un trabajo sofisticado de un alto nivel técnico,

principalmente, de ingenieros eléctricos. Esta experticia la ostenta la Superservicios como autoridad sectorial y no la SIC como autoridad nacional de competencia. A simple vista, el subreporte de información sobre interrupciones por parte de un distribuidor podría entenderse como una práctica difícil de enmarcar en las conductas anticompetitivas. Sin embargo, según el art. 1 de la Ley 1955/59 y los pronunciamientos de la SIC, esta conducta podría corresponder a un precio inequitativo⁸¹.

Sobre el caso Electrohuila y el riesgo de inconsistencia entre las actuaciones de la Superservicios y la SIC

Con el propósito de ejemplificar el riesgo descrito por la OCDE, en cuanto a inconsistencias entre la Superservicios como autoridad de supervisión de la promoción de la competencia y la SIC como autoridad de protección de la competencia, los autores pasan a desarrollar el caso de Electrohuila S. A. E. S. P. (en adelante, Electrohuila). Este caso pone de presente la necesidad de que ambas autoridades avancen en las alternativas que recomienda la OCDE para mejorar la coordinación interinstitucional.

El caso Electrohuila fue decidido mediante la Res. 201922400047425 del 01 de noviembre de 2019, por medio de la cual la Superservicios impuso una sanción a la empresa Electrohuila por un valor total de COP910927600, siendo la primera sanción impuesta por la Superservicios a un distribuidor, por abstenerse de facilitar el trámite de asignación del punto de conexión a un proyecto de generación renovable. A su vez, la Superservicios decide también remitirle la decisión a la SIC para que esta adelantara sus propias investigaciones respectivas a su competencia.

De acuerdo con la regulación vigente para la fecha de la sanción, un distribuidor cuenta con un plazo de dos meses para emitir su concepto sobre la viabilidad técnica de la conexión (anexo de la Res. CREG 106 de 2006), a partir del momento en el que el promotor radica su estudio de conexión. De acuerdo con los hechos del caso en cuestión, la Superservicios encontró probado que el promotor radicó su estudio el 16 de septiembre de 2016 y el distribuidor tomó un año y cuatro meses para pronunciarse sobre la solicitud. Luego de investigar la demora ocurrida, en la decisión adoptada por la Superservicios se lograron evidenciar maniobras dilatorias realizadas por Electrohuila, que explican este retraso de más de un año⁸².

Según la Superservicios, estas conductas impactan negativamente el sector, ya que desincentivan el desarrollo de proyectos de generación de fuentes no convencionales⁸³.

Sin embargo, pese a las consideraciones de la Superservicios respecto a la importancia del caso en cuanto a objetivos de política pública del sector energético, y a que se trata de una conducta que podría enmarcarse como un abuso de exclusión por parte de un monopolista, a la fecha la SIC no ha avanzado en la apertura de la investigación.

Por consiguiente, desde un punto de vista académico, y a la luz de la literatura de la OCDE, la inactividad de la SIC⁸⁴ muestra un ejemplo de inconsistencia con los objetivos de política pública que motivaron a la Superservicios a reprochar la conducta. En la Misión de Transformación Energética, liderada por el Ministerio de Minas y Energía, esta entidad planteó la propuesta de elaborar un “Documento CONPES para establecer convenios SSPD - SIC para intercambio de funcionarios e información”⁸⁵.

Conclusiones

La cadena de valor de los mercados de energía eléctrica y gas natural presentan las siguientes fallas de mercado que justifican la regulación para promover la promoción de la competencia: (i) existe la integración vertical entre una actividad en monopolio (transmisión/transporte y distribución) y una en competencia (generación/producción y comercialización); (ii) hay integración vertical entre las actividades

en competencia (generación/producción con comercialización); (iii) la estructura de ambos mercados se caracteriza por tener altamente concentrada la oferta y por tener agentes con poder de mercado, y (iv) la complejidad entre la interacción de la oferta y la demanda ocasiona problemas de riesgo moral en la relación principal agente que podrían superarse con el empoderamiento del consumidor por medio de la innovación tecnológica.

Estas cuatro características fueron fundamentales para los propósitos de la expedición de las reglas de comportamiento mediante la Res. CREG 080 de 2019, toda vez que la CREG ha emitido regulación tendiente a mitigar los riesgos en materia de competencia que se derivan de estas cuatro características, sin embargo, tal regulación ha sido insuficiente para lograr su objetivo y, por el contrario, ha incentivado el cumplimiento creativo por parte de los agentes del mercado.

Las reglas de promoción de la competencia, incluyendo la Res. CREG 080/19, son susceptibles de aplicación por la Superservicios como autoridad de inspección, vigilancia y control del régimen de servicios públicos domiciliarios, así como la SIC como autoridad de competencia. Existe un tercer foro y es la SIC con facultades jurisdiccionales en materia de competencia desleal, sobre este último punto, los autores no profundizan más allá de la explicación del caso Emgesa-Efigas.

Con base en el documento “Reguladores del Sector Independientes y su Relación con las Autoridades de Competencia” publicado por la OCDE, los autores profundizaron sobre los beneficios de la complementariedad y los problemas de inconsistencia que se producen por la coexistencia entre la Superservicios y la SIC como autoridades para la supervisión de las normas de promoción y protección de la competencia.

La SIC como autoridad de competencia ofrece a un afectado tres facultades complementarias al escenario que ofrece la Superservicios, tales como (i) mayor capacidad sancionatoria para imponer multas a las personas jurídicas y personas naturales, (ii) el ofrecimiento de las garantías como mecanismo de terminación anticipada de una investigación y (iii) la imposición de órdenes y de medidas cautelares.

A pesar de que la Superservicios carece de facultades para multar a personas naturales, su poder sancionador es de tan solo 2000 salarios mínimos, no tiene facultades para aceptar el ofrecimiento de garantías y no puede imponer órdenes ni medidas cautelares que restablezcan la competencia, esta autoridad cuenta con un conocimiento más profundo sobre el mercado y su alto grado de sofisticación, lo cual le permite investigar conductas más complejas que constituyen manipulación del mercado a la luz de la Res. CREG 080 de 2019.

Sin embargo, el análisis de complementariedad entre la Superservicios y la SIC también muestra que la coexistencia genera ineficiencias contrarias al principio de economía administrativa, situación que podría superarse si la Ley 142/94 es modificada en el sentido de equiparar las herramientas con las que cuentan ambas autoridades para ejercer sus funciones de derecho administrativo sancionador.

Los casos propuestos ponen de presente la necesidad de que la Superservicios y la SIC avancen en las alternativas que recomienda la OCDE para mejorar la coordinación interinstitucional, tales como (i) intercambio de información, (ii) canje de funcionarios y (iii) elaboración de reportes conjuntos, entre otros.

Bibliografía

- Andrew I. Gavil, William E. Kovacic & Jonathan B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2.º ed. (Thomson West, 2008).
- Alfonso Miranda Londoño, *El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios* (Bogotá, 1997). <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/servicios-pc3bablicos.pdf>
- Comisión de la Comunidad Europea, *Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones No Horizontales con Arreglo al Reglamento del Consejo sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas*, Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/7) (2008).

- ECSIM, *Análisis del impacto de la regulación y de las estructuras productiva e industrial del sector de energía eléctrica sobre el nivel final de las tarifas y precios del servicio de energía eléctrica en Colombia*, Informe Completo (2013). <https://acolgen.org.co/wp-content/uploads/2022/04/ANALISIS-DEL-IMPACTO-DE-LA-REGULACION-Y-DE-LAS-ESTRUCTURAS-PRODUCTIVA-E-INDUSTRIAL-DEL-SECTOR-DE-ENERGIA.pdf>.
- Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, 1992).
- Inés Macho-Stadler & J. David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information – Incentives and Contracts*, 2.º ed. (Oxford University Press, 2001).
- José Plata Puyana, Marielena Rozo Covalada & Alejandro Ibarra Ibarra, *Aplicación de la regulación sobre promoción de la competencia en los servicios públicos domiciliarios por la Superintendencia de Industria y Comercio*, En Gabriel Ibarra Pardo, Alfonso Miranda Londoño & Carlos Andrés Uribe Piedrahita, capítulo XVI. El derecho de la Competencia (Ed. Legis, 2022).
- N. Gregory Mankiw, *Principios de economía*, en Meza, Staines & Carril Villarreal, (Cengage Learning, 6.º ed., 2012).
- OCDE. Restructuring Public Utilities for Competition. Annex. Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries as approved by Council on 26 April 2001 [C(2001)78/FINAL - C/M(2001)9/PROV].
- OCDE. Report on Experiences with Structural Separation. Restructuring Public Utilities for Competition. [C(2016)11 - C/M(2016)3].
- OCDE. Directorate For Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. Executive Summary of the roundtable on Independent Sector Regulators DAF/COMP/WP2/M(2019)2/ANN2/FINA.
- OCDE. Independent Sector Regulators and their Relationship with Competition Authorities”. DAF/COMP/WP2(2019)3. 2019.
- Paul Krugman & Robin Wells, *Economics* (Worth Publishers, 2006).
- Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lode, *Understanding Regulation - Theory, Strategy and Practice* (Editorial Oxford University Press, 2.º ed., 2012).
- Steven C. Salop & David T. Scheffman, *Raising Rivals' Costs*, Working Paper 81, Bureau of Economics - Federal Trade Commission (Washington, enero, 1983).
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Herramienta para el Monitoreo del Mercado Eléctrico* (2016). https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/monitoreoMEM_documentodiscusion.pdf
- Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price*, 96 Yale L.J. 209 (diciembre, 1986).

Notas

- * Este artículo académico es un aporte de los autores a la línea de investigación del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana: “El Derecho Económico de la Transformación Energética”. <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/transformacion-energetica>. Esta versión final es el resultado de las discusiones tras la publicación del *White paper* en los siguientes espacios académicos: (i) evento del 25 de marzo de 2022, organizado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), con el profesor Alfonso Miranda Londoño como moderador (<https://www.youtube.com/watch?v=rHi2JW6xLpI>) y (ii) las clases sobre Regulación y Competencia en la Especialización de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Javeriana, en agosto de 2022.
- 1 Paul Krugman & Robin Wells, *Economics* 16 (Worth Publishers, 2006); Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* 15 (Oxford University Press, 2.º ed., 2012).
 - 2 Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lode, *supra* nota 1, págs. 106-107.
 - 3 El concepto “cumplimiento creativo” se acuña como un eufemismo para referirse a la conducta de un regulado de “eludir las reglas y negar la regulación sin romper sus términos formales”. Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lode, *supra* nota 1, pág. 70.

- 4 En la estrategia regulatoria conocida como regulación basada en principios (PBR, por sus siglas en inglés), los “principios son usados para delinear los objetivos y valores regulatorios, y los regulados quedan en libertad para idear sus propios sistemas tendientes a cumplir tales principios. Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lode, *supra* nota 1, pág. 302.
- 5 J. Plata Puyana, M. Rozo Covaleda & A. Ibarra Ibarra, *Aplicación de la regulación sobre promoción de la competencia en los servicios públicos domiciliarios por la Superintendencia de Industria y Comercio*, en Gabriel Ibarra Pardo, Alfonso Miranda Londoño & Carlos Andrés Uribe Piedrahita, Capítulo XVI. El derecho de la competencia (Ed. Legis, 2022).
- 6 Congreso de la República de Colombia. Ley 142 del 11 de julio de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, numerales 25 y 28 del art. 14. [7] *Id.*, Numeral 33 del art. 14. [8] “Una industria es un monopolio natural cuando una sola empresa puede ofrecer un producto o servicio al mercado completo a menor costo que dos o más empresas. Un monopolio natural surge cuando hay economías de escala en el rango de producción relevante”. N. Gregory Mankiw, *Principios de economía*, Meza, Staines & Carril Villarreal 302 (Cengage Learning, 6.º ed., 2012).
- 7 *Id.*, Numeral 33 del art. 14.
- 8 “Una industria es un monopolio natural cuando una sola empresa puede ofrecer un producto o servicio al mercado completo a menor costo que dos o más empresas. Un monopolio natural surge cuando hay economías de escala en el rango de producción relevante”. N. Gregory Mankiw, *Principios de economía*, Meza, Staines & Carril Villarreal 302 (Cengage Learning, 6.º ed., 2012).
- 9 Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, Documento CREG 048 del 5 de julio de 2020, “Reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollan las actividades de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible”, pág. 8.
- 10 OCDE. Restructuring Public Utilities for Competition. Annex. Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries as approved by Council on 26 April 2001 [C(2001)78/FINAL - C/M(2001)9/PROV], pág. 93. Esta recomendación fue posteriormente actualizada: amended on 13 December 2011-[C(2011)135 - C(2011)135/CORR1 - C/M(2011)20/PROV] and on 23 February 2016 [C(2016)11 - C/M(2016)3]. (Trad. propia).
- 11 *Id.*, pág. 94.
- 12 OCDE. Report on Experiences with Structural Separation. Restructuring Public Utilities for Competition. [C(2016)11 - C/M(2016)3]. 23 febrero 2016, pág. 113. (Trad. propia).
- 13 Antes de 2019, el art. 74 de la Ley 13 de 1994 únicamente permitía la integración entre las actividades de generación y distribución, o entre las actividades de distribución y comercialización. Actualmente, en el Congreso de la República se radicó el proyecto de Ley 320-2023, “Por el cual se modifica el artículo 74 de la Ley 143 de 1994”. Mediante este proyecto de Ley se busca que quede expresamente permitido que la transmisión e interconexión puedan estar integradas con la generación con fuentes no convencionales de energías renovables, con la distribución, comercialización y cualquier otra actividad de la cadena de valor.
- 14 El nombre técnico es Infraestructura de Medición Avanzada y se define en: MinEnergía. Res. 40072 del 29 de enero de 2018, por la cual se establecen los mecanismos para implementar la Infraestructura de Medición Avanzada en el servicio público de energía eléctrica. Art. 3.
- 15 El Consejo de Estado, mediante Sentencia de 2 de mayo de 2007, Expediente n.º 16257, C.P.: R. S. Correa Palacio, interpretó que los límites a la integración vertical solo aplican para empresas que sean constituidas después de 1994. Es por esta razón que actualmente existen en el mercado agentes que desarrollan de manera simultánea las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización.
- 16 Además, el artículo 02 de la presente resolución modificó el literal a) del art. 10 de la Res. CREG 022 de 2001. De la misma manera, la UPME en el Acta de Continuación de Audiencia de Adjudicación de la Convocatoria Pública UPME 07- 2016, reconoció la modificación de la Resolución CREG 022, permitiendo que un generador tenga acciones de un transmisor que represente más del 15% del capital social de este último si los ingresos de la transmisora no representan más del 2% del total de ingresos del mercado de transmisión.
- 17 En la experiencia de los autores es excepcional el ejercicio de esta facultad por parte de la CREG en respuesta a un abuso de exclusión por parte de un transmisor/transportador o de un distribuidor. Recientemente la CREG impuso una servidumbre a favor de Due Capital and Services S. A. S. para conectar a la “Línea de Transmisión de la MCH Mitú a la Subestación Eléctrica de Mitú” un proyecto de generación solar mediante la Res. 501 26A de 2022.
- 18 S. C. Salop & D. T. Scheffman, *Raising Rivals’ Costs*, Working Paper 81, Bureau of Economics - Federal Trade Commission (Washington, enero, 1983); Thomas G. Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power Over Price*, 96 Yale L.J. 209 (diciembre 1986).
- 19 Comisión de la Comunidad Europea, Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones No Horizontales con Arreglo al Reglamento del Consejo sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas, Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/7), 2008.

- 20 El art. 2 de la Res. CREG 131 de 1998, fijó el umbral para diferenciar entre usuarios regulados y no regulados a partir de un límite de potencia o energía mensual, a saber: 0.1 MW o 55MWh.
- 21 Superintendencia de Industria y Comercio, Herramienta para el Monitoreo del Mercado Eléctrico 14 (2016).
- 22 ECSIM, *Análisis del impacto de la regulación y de las estructuras productiva e industrial del sector de energía eléctrica sobre el nivel final de las tarifas y precios del servicio de energía eléctrica en Colombia*, Informe Completo (2013).
- 23 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 5545 del 6 de febrero de 2014, por la cual se condiciona una operación de integración entre la Empresa de Energía de Bogotá S. A. E. S. P. e Isagen S. A. E. S. P., pág. 74.
- 24 Superintendencia de Industria y Comercio, Radicado 19-275135-13, “Estudio económico de integración empresarial entre EPM E.S.P y ELECTRICARIBE S.A.S E.S.P.”, págs. 38-39.
- 25 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible. Boletín de Seguimiento y Monitoreo de los Mercados Mayoristas de Energía y Gas. Junio-agosto 2022, pág. 92. Disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/Boletin-UMMEG-junio-agosto-2022.pdf> <última visita: 6 de noviembre de 2022>
- 26 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 12785 del 6 de febrero de 2014, por la cual se aprueba una operación de integración entre Hocol S. A. y Chevron Petroleum Company, pág. 16.
- 27 *Id.*, pág. 30.
- 28 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Unidad de Monitoreo de los Mercado de Energía y Gas, Participación de productores en contratación*. <http://ummeg.superservicios.gov.co/#/fuel-gas/market/pm>
- 29 CREG, Anexo de la Circular CREG 103 de 2018. Documento De Límites de Integración Vertical y Participación de Mercado en las Actividades de las Cadenas de Valor de los Servicios Públicos de Energía Eléctrica y Gas, página 16.
- 30 Es importante aclarar que la misma regulación define la metodología para estimar las cuotas a partir de la Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad, en los siguientes términos: “Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad, ENFICC: Es la máxima energía eléctrica que es capaz de entregar una planta de generación continuamente, en condiciones de baja hidrología, en un período de un año, de conformidad con lo establecido en la Res. CREG-071 de 2006 o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan”.
- 31 CREG. Anexo de la Circular CREG 103 de 2018. Documento de límites de integración vertical y participación de mercado en las actividades de las cadenas de valor de los servicios públicos de energía eléctrica y gas, pág. 13.
- 32 EL IHH es un indicador que utiliza la información de la participación de cada uno de los agentes del mercado. Se obtiene a partir de estimar las cuotas, elevarlas al cuadrado y sumar los valores obtenidos.
- 33 En energía eléctrica, un agente se considera pivotal si “parte de su capacidad de generación es necesaria para cubrir la demanda del mercado”. PNUD-MHCD-MME-DNP-SUPERSERVICIOS, *Diseño y estructuración de una metodología para el monitoreo y control del mercado de energía mayorista*, en CREG. Medidas para la promoción de la competencia en el mercado mayorista de electricidad 110 (MEM, 2004).
- 34 Congreso de la República de Colombia, Ley 1955 del 42 del 25 de mayo de 2019, “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 – Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, art. 318.
- 35 A. I. Gavil, W. E. Kovacic & J. B. Baker, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, 2.º ed., 876 y 881 (Thomson West).
- 36 CREG, Marcado de precio eficiente a ser trasladado en el costo de prestación del servicio (CU) al usuario regulado, Documento CREG 106 del 16 de diciembre de 2017, pág. 17.
- 37 Superintendencia de Industria y Comercio, Herramienta para el Monitoreo del Mercado Eléctrico. 2016, pág. 9. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/monitoreoMEM_documento_discusion.pdf
- 38 CREG. Ajustes Mercado Mayorista - Documento CREG – 055, 13 de marzo de 2001, pág. 7.
- 39 Superintendencia de Industria y Comercio, Herramienta para el Monitoreo del Mercado Eléctrico, 2016, pág. 14. http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/monitoreoMEM_documento_discusion.pdf
- 40 N. Gregory Mankiw, *supra* nota 8, pág. 468.
- 41 Inés Macho-Stadler & J. David Pérez-Castrillo, *An Introduction to the Economics of Information – Incentives and Contracts*, 2.º ed., 9 (Oxford University Press). (Trad. propia).
- 42 CREG, Documento CREG 048 del 5 de julio de 2020. Reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollan las actividades de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, pág. 9.
- 43 “El tema de la posición dominante y el abuso de la posición dominante en la Ley 142/94 presenta importantes contradicciones con el régimen general del Derecho de la Competencia contenido en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2.153 de 1992, lo cual como ya se ha dicho genera grandes dificultades en la interpretación y aplicación de estos conceptos”. A. Miranda Londoño, *El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios* 11 (Bogotá, 1997).
- 44 “Es la relación entre la energía aprovechada y la total utilizada en cualquier proceso de la cadena energética, que busca ser maximizada a través de buenas prácticas de reconversión tecnológica o sustitución de combustibles”. Ley 1715 de

- 2014, por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional, art. 5.
- 45 Ley 1715 de 2014, por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional, art. 5.
- 46 MinEnergía. Proyecto de Res., por la cual se establecen lineamientos para la incorporación de los recursos energéticos distribuidos y el desarrollo de areneras regulatorias, art. 2. https://www.minenergia.gov.co/documents/10192/24316487/11261121_Res_Lineamientos+incorporación+de+los+recursos+energéticos+distribuidos.pdf/54aec2cc-60e1-4c84-824b-b28e4a094eac
- 47 CREG, Documento CREG 048 del 5 de julio de 2020. Reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollan las actividades de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible”, pág. 8.
- 48 CREG. Documento 048 del 5 de julio de 2019. Reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollan las actividades de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, pág. 21
- 49 *Id.*, pág. 19.
- 50 CREG. Documento 076 de 2018. Obligaciones y reglas de comportamiento para los agentes que presten los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible y sus actividades complementarias, pág. 152.
- 51 CREG. Res. 080 de 2019. Por la cual se establecen reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollen las actividades de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible. Considerandos.
- 52 El art. 3 de la Res. CREG 080 de 2019 incorpora la definición de bienes esenciales.
- 53 OCDE. Directorate For Financial and Enterprise Affairs - Competition Committee. Executive Summary of the roundtable on Independent Sector Regulators DAF/COMP/WP2/M(2019)2/ANN2/FINA, pág. 2. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/M\(2019\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/M(2019)2/ANN2/FINAL/en/pdf)
- 54 *Id.*
- 55 *Id.*, pág. 4.
- 56 Concepto 857 del 14 de noviembre de 2020, Superintendencia de Servicios Públicos.
- 57 Concepto 148 del 24 de febrero de 2009, Superintendencia de Servicios Públicos.
- 58 Congreso de la República de Colombia, Ley 1340 del 24 de julio de 2019, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, art. 6.
- 59 Congreso de la República de Colombia, Ley 1340 del 24 de julio de 2019, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, art. 2.
- 60 J. Plata Puyana, M. Roza Covalada & A. Ibarra Ibarra, *supra* nota 5.
- 61 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Independent Sector Regulators and their Relationship with Competition Authorities*, DAF/COMP/WP2(2019)3, (22 de octubre de 2019), pág. 7. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2019\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2019)3/en/pdf)
- 62 Congreso de la República. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2019-2020/article/67-por-medio-de-la-cual-se-modifica-el-articulo-81-de-la-ley-142-de-1994-superintendencia-de-servicios-publicos-domiciliarios>
- 63 Superintendencia de Industria y Comercio. Res. 3694 de 5 de febrero de 2013. “Por la cual se imponen unas sanciones”, pág. 61.
- 64 La decisión de la SIC fue confirmada por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 28 de octubre de 2021. Radicado 1500123330002013007590.
- 65 CREG. Res. CREG 057 de 1996. “Por la cual se establece el marco regulatorio para el servicio público de gas combustible por red y para sus actividades complementarias”, art. 5.
- 66 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Res. SSPD 20102400011985 de 2010, “Por la cual se sanciona una Empresa de Servicios Públicos”, pág. 2.
- 67 Superintendencia de Industria y Comercio. Res. SIC 8100 de 2012. “Por la cual se ordena la apertura de una investigación”, pág. 30.
- 68 *Id.*, pág. 32.
- 69 *Id.*, pág. 33.
- 70 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución SIC 53977 de 2012, “Por la cual se aceptan unas garantías y se ordena el cierre de una investigación”, pág. 2.
- 71 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. (30 de septiembre de 2015) Sentencia donde se resuelve el recurso de apelación contra el auto n.º 2888 de 2015. [M.S.: María Patricia Cruz Miranda], pág. 2.
- 72 *Id.*, págs. 2-3.
- 73 *Id.*, pág. 10.
- 74 Congreso de la República, Ley 256 del 15 de enero de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal, arts. 7 y 18.

- 75 Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, Auto 6824 del 6 de febrero de 2015, “Por el cual se resuelve un recurso de reposición”, Radicación 15-006697, pág. 6.
- 76 *Id.*, págs. 10 y 13.
- 77 Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* 26 (Oxford University Press. 1992).
- 78 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Superintendencia Delegada para Energía y Gas Combustible. Diagnóstico de la Calidad del Servicio de Energía Eléctrica en Colombia 2016. Mayo de 2017, pág. 19-25. https://www.superservicios.gov.co/sites/default/files/inline-files/20170521_informeejecutivocalidaddelserviciofinal_1%20%281%29.pdf
- 79 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Res. SSPD – 20192400020195 del 25 de junio de 2019, “Por la cual se impone una sanción”, pág. 33.
- 80 *Id.*, pág. 48.
- 81 La SIC mediante la Resolución 76724 de 2014 sancionó a CASYP, quien ejercía la condición de monopolista al desempeñarse como concesionario del aeropuerto de San Andrés, por incurrir en la conducta de precios inequitativos al incrementar a las aerolíneas el “fee de acceso a pista” por encima de las proyecciones financieras del mismo concesionario.
- 82 Superintendencia de Servicios Públicos. Resolución 201922400047425 del 01 de noviembre de 2019, “Por la cual se impone una sanción”, págs. 15-17.
- 83 *Id.*, pág. 23.
- 84 Superintendencia de Industria y Comercio. <https://www.sic.gov.co/integraciones-aperturas-de-investigacion>
- 85 Ministerio de Minas y Energía. Misión de Transformación Energética, pág. 36. <https://img.lalr.co/cms/2021/09/15222101/Cartilla-Transformación-energética.pdf>

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Para citar este artículo/To cite this article: José Fernando Plata Puyana & Andrés de Greiff Correa, *Competencia en los mercados de energía eléctrica y gas natural, ¿quién es la autoridad competente?*, 72 Universitas (2023). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj72.cmec>