Comisión de Regulación
de Energía y Gas

LIMITES A LA CONCENTRACIÓN ACCIONARIA EN LAS EMPRESAS DEL SIN

DOCUMENTO CREG-078
21 DE NOVIEMBRE DE 2007

CIRCULACIÓN:
MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

LÍMITES A LA CONCENTRACIÒN ACCIONARIA EN LAS EMPRESAS DEL SIN

El artículo 333 de la Constitución Nacional reconoce la libre competencia como un derecho de todos que supone responsabilidades, principio que tiene aplicación directa en el servicio público de energía eléctrica, en virtud de lo dispuesto en las Leyes 142 y 143 de 1994.

La Ley 142 de 1994, en su Artículo 2º. establece que el Estado intervendrá en los servicios públicos, para los siguientes fines, entre otros "...Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.."

A su turno, la Ley 143 de 1994, Artículo 3º, dispone en relación con el servicio público de electricidad, que al Estado le corresponde promover la libre competencia en las actividades del sector e impedir todas aquellas prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado.

En concordancia con lo ornado en las normas citadas, la Ley 143 de 1994, Artículo 7, dispone que en las actividades del sector podrán participar diferentes agentes económicos, públicos privados y mixtos, los cuales gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia.

En la citadas Leyes, el legislador, introdujo algunas disposiciones y facultades relacionadas con limitaciones al objeto social y a la concentración de la propiedad accionaria, necesarias para promover de condiciones de competencia donde esta es posible y prevenir abuso de posición dominante, así;

1. Limitaciones sobre el objeto y participación en el mercado.

La Ley 142 de 1994, en su artículo 18, dispone que *"la Empresas de Servicios Públicos tienen como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otras cosa,* pero faculta a las Comisiones de Regulación para *"Obligar a una empresa de servicios públicos a tener objeto exclusivo cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario..." (Se subraya)*

Así mismo, la Ley 142 de 1994, en el artículo 73, numeral 73.13 asigna a las Comisiones de Regulación la siguiente función:

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

En relación con las actividades del servicio de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, el Artículo 74 de la Ley 143 de 1994 al dispone que:

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

En el mismo sentido, la Ley 143 de 1994 dispone que en el Parágrafo 3o. del Artículo 32 que "la empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad".

Además de las citadas disposiciones, la Ley 142 de 1994, Artículo 74, literal a), asigna a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de propiciar la competencia en el sector y la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

Con fundamento en las facultades legales citadas, la Comisión de Regulación, mediante la Resolución 128 de 1996, artículos 3o, 4o y 5o, estableció unos límites a la participación de las empresas en las actividades de generación, comercialización y distribución de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional (SIN), normas que fueron complementadas y modificadas por la Resolución CREG 065 de 1998 y la Resolución 042 de 1999.

Adicionalmente, en el Resolución CREG 042 de 1999, artículo 3º la Comisión estableció que "ninguna persona natural o jurídica podrá incrementar, directa o indirectamente, su Participación en el Mercado de Generación mediante operaciones relacionadas con adquisición de Participación en el Capital o en la Propiedad o de cualquier otro derecho, o con cualquier otro tipo de adquisición o fusiones, cuando el total de los MW de la Capacidad Efectiva Neta que resulten de aplicar lo dispuesto en los parágrafos del presente Artículo, sea superior a la Franja de Potencia calculada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas con la información disponible, de acuerdo con lo definido en esta Resolución"

Posteriormente, mediante la Resolución 001 de 2006, la Comisión de Regulación de Energía y Gas modificó el artículo 3° de la Resolución CREG 128 de 1996, modificado por la Resolución CREG 042 de 1999, en relación con el cálculo de los límites máximos de participación en la actividad de generación de electricidad; modificó el artículo 4o de la Resolución CREG 128 de 1996, en relación con el cálculo del límite a la participación en la actividad de comercialización de electricidad, y derogó el artículo 5º de la Resolución CREG 128 de 1996, mediante el cual se ordenaba que "ninguna empresa podrá tener más del veinticinco por ciento (25%) de la actividad de distribución." En el Documento CREG 095 del 3 de noviembre de 2005, la Comisión expone como motivo de la derogación del artículo citado que la distribución es un monopolio natural en su mercado relevante en tanto que por su naturaleza las decisiones del distribuidor sólo tienen efectos sobre el mercado atendido por su red.

En relación con la actividad de transmisión de energía, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución 022 del 20 de febrero de 2001, Artículo 10, modificado por el Artículo 8 de la Resolución CREG 01 de 2006 dispuso en los literalea a) y B:

"

a) *Las empresas constituidas como E.S.P. que deseen participar en los Procesos de Selección aquí regulados, deberán tener como objeto exclusivo la actividad de Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico. Así mismo, un proponente que sin ser E.S.P se gane la convocatoria, deberá constituirse como tal, con objeto exclusivo en Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico.*

b) *A partir de la vigencia de la presente Resolución Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y las empresas con quienes tenga una relación de control, solamente podrán incrementar su participación en la actividad de Transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia la presente Resolución. En ningún caso podrán adquirir participación societaria o accionaria, ni incrementar la que tuvieren en empresas de Transmisión Nacional existentes o futuras, salvo en aquellas con respecto a las cuales tengan una relación de control.*

   Tampoco podrán adquirir activos de transmisión de otras empresas que resulten elegidas en los procesos de selección a los cuales hace referencia la presente Resolución excepto los activos de transmisión de aquellas empresas con respecto a las cuales tengan una relación de control."

2. Límites a la concentración accionaria.

En relación con la propiedad accionaria, el Artículo 18 de la Ley 142 de 1994, en su tercer inciso dispone que "Las empresas de servicios públicos podrán participar como socias en otras empresas de servicios públicos...", pero en el Artículo 73, numeral 73.25 faculta a las Comisiones de Regulación para:

> *"73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público."*

En desarrollo de esta y de otras funciones relacionadas con la promoción de la competencia, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución CREG 128 de 1996, en su Artículo 6, estableció unos límites a la participación accionaria en el capital de una empresa generadora.

El referido artículo 6 de la Resolución CREG-128 de 1996, establece:

> ***"ARTICULO 6o.- Límites a la participación accionaria en el capital de una empresa generadora o comercializadora.*** *A partir del vencimiento del plazo previsto en el artículo 8o de la presente resolución, ninguna empresa generadora*

*podrá tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del veinticinco por ciento (25%) **del capital social** de una empresa distribuidora. Igual regla se aplicará a las empresas distribuidoras que tengan acciones, cuotas o partes de interés en el capital social de una empresa generadora. Para los efectos de este artículo el concepto empresa no incluye a las personas vinculadas o subordinadas económicas de la empresa que realiza la inversión o adquiere las acciones.*

***PARAGRAFO.-** En el evento de que una empresa constituida antes del 12 de julio de 1994 desarrolle en forma combinada la generación con la distribución de electricidad y opte por escindirse antes del 1°. de enero del año 2002, las empresas generadoras o distribuidoras de electricidad que surjan como efecto directo e inmediato de la escisión, no estarán sujetas, entre sí, a los límites dispuestos en el presente artículo y las participaciones de capital entre ellas podrán mantenerse sin que les aplique lo dispuesto en el artículo 8°. de la presente resolución.*

Las empresas generadoras o distribuidoras de electricidad a que se refiere el inciso anterior, quedarán sujetas a los límites del presente artículo respecto a su participación en el capital de empresas generadoras o distribuidoras ajenas a las que resulten de la escisión. (Destacamos).

La legalidad de esta disposición fue examinada por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de febrero de 1.998, Consejero Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ; Expediente No. 4443.

El honorable Consejo de Estado negó la nulidad de la resolución CREG-128 de 1996, incluido su artículo 6, por considerar que las normas contenidas en este acto fueron expedidas legítimamente por la CREG dentro del marco de sus competencias y con observancia de las normas superiores. Dicha sentencia tiene efectos de cosa juzgada.

En relación con la actividad de transmisión la Resolución CREG 022 DE 2001, Artículo 10, modificado por el Artículo 8 de la Resolución CREG 01 de 2006, dispone en su literal c) que:

"

c) *Los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, no podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa de Transmisión Nacional existente o futura, ni podrán con respecto a esa empresa, tener posición de controlada y/o controlante."*

LA PROPUESTA REGULATORIA.

Mediante la Resolución CREG 090 de 2007, la Comisión sometió a consideración de los agentes, los usuarios, la Superintendencia de Servicios Públicos y demás interesados un proyecto de resolución que contenía tres decisiones regulatorias:

a) Limitar la posibilidad de concentración de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica en el SIN, mediante el mecanismo de la fusión por absorción.

A este respecto se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 172 del Código de Comercio, aplicable a las Empresas de Servicios Públicos, por disposición del Artículo 189 de la Ley 142 de 1994, una o mas sociedades pueden disolverse, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra. De esta manera la propiedad accionaria en empresas con actividades que se complementan para la prestación del servicio público de energía eléctrica puede concentrarse por la vía de la fusión.

El primer efecto de esta forma de concentración es la disminución de los agentes que operan en el mercado, no obstante que el límite de participación en las actividades de generación y comercialización morigere tales efectos. Un segundo efecto es la posibilidad de producir concentración vertical de las actividades, esto se logra si las empresas creadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994 absorben a las empresas creadas después de dicha ley. A este respecto se debe tener en cuenta que las empresas creadas con anterioridad de la vigencia de la Ley citada pueden desarrollar todas las actividades de la cadena, contrario a lo que ocurre con las nuevas empresas que tienen limitado el objeto. De modo que mediante la absorción pueden disolverse las empresas con limitación en el objeto, con lo cual las distintas actividades del servicio podrían quedar concentradas en empresas cuyo único límite es el de participación en el mercado de generación y en el mercado de comercialización.

b) Flexibilizar los límites establecidos en la Resolución 022 de 2002, Artículo 10, literal b.

Se propone que los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, puedan tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa que desarrolle la actividad de Transmisión Nacional, siempre que los ingresos de la empresa transmisora por la actividad de transmisión no representen más del 1% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional.

Es decir, se permitiría superar los límites establecidos en la Resolución 022 de 2002, Artículo 10, literal b, cuando la actividad de transmisión que desarrolla un generador, distribuidor o comercializador no es significativa en el Sistema de Transmisión Nacional, de manera tal que el agente no tiene la capacidad de utilizar su condición de transmisor en favor de la actividad que desarrolla un socio que incide en las políticas de la compañía.

Ahora bien, se propuso que si la empresa que ejerce la actividad de transmisión supera el límite de participación en la actividad, el generador, distribuidor, comercializador ó empresa integrada que tiene acciones, cuotas o partes de interés en el capital de aquella, deberá enajenar, dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de este hecho, las acciones, cuotas o partes de interés que superen el quince por ciento (15%) del capital social de la empresa que desarrolla la actividad de transmisión nacional. Es decir, es el generador, distribuidor o comercializador que tiene acciones en una empresa de

transmisión quien debe soportar la obligación de retirarse de la compañía si ésta supera los límites de participación en la actividad.

b) Flexibilizar los límites establecidos en la Resolución 128 de 1996.

El Artículo 6 de la Resolución CREG 128 de 1996 limita la participación de las empresas distribuidoras de energía en la adquisición de acciones de otras empresas distribuidoras que desarrollan conjuntamente la actividad de generación.

Para tales efectos, el artículo 2 de la Resolución CREG-128 de 1996, modificado por la resolución CREG-042 de 1999, define el concepto de generador así:

> ***"Generador:*** *Persona natural o jurídica que produce energía eléctrica y tiene por lo menos una planta y/o unidad de generación conectada al Sistema Interconectado Nacional, bien sea que desarrolle esa actividad en forma exclusiva o en forma combinada con otra u otras actividades del sector eléctrico, cualquiera de ellas sea la actividad principal".* (Destacamos).

A este respecto, se observa que algunas empresas integradas antes de la vigencia de la Ley 143 de 1994 tienen como actividades principales la distribución y comercialización de energía y de manera residual operan una unidad de generación conectada al SIN, generalmente una planta menor, y conforme a la definición anotada son generadores, razón por la cual en los procesos de enajenación de acciones, cuotas o partes de interés del capital social de estas empresas los distribuidores sólo pueden adquirir hasta el 25% de dicho capital.

Como consecuencia de la situación planteada, se tiene que los distribuidores pueden aumentar su participación en el mercado de distribución, pero no pueden asumir el control de otro distribuidor si éste desarrolla de manera residual la actividad de generación.

Por lo anterior, se propuso flexibilizar la disposición regulatoria para permitir que una empresa Distribuidora tenga acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del veinticinco por ciento (25%) del capital social de una empresa integrada que desarrolle conjuntamente las actividades de distribución, comercialización y generación de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, siempre y cuando la actividad generación de energía eléctrica de la empresa no supere el 2% de participación en el mercado, calculada conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Resolución 060 de 2007.

Así mismo, se propone que en caso que la empresa que desarrolla conjuntamente las actividades de distribución y generación supere los límites que la caracterizan como generador de escasa participación en el mercado, el distribuidor que tiene acciones, cuotas o partes de interés en ella deberá enajenar, dentro de un plazo de seis meses siguientes a la ocurrencia de este hecho, enajenar las acciones, cuotas o partes de interés que superen el 25% de participación en el capital social de la empresa integrada.

COMENTARIOS

La Creg recibió comentarios sobre la propuesta regulatoria de los siguientes agentes:

EMPRESA	**ISA**
No. DE RADICADO	E-2007-008952 NOV.16-07
COMENTARIOS	**Comentarios al artículo 1:** *Limita el aprovechamiento de economías de escala y no es consistente con lo definido en la Resolución CREG 001 de 2006 y específicamente en el Documento GREG 095 de noviembre de 2005. Expone que las medidas adoptadas mediante la resolución 001 de 2001 para garantizar la independencia de los agentes participantes en las convocatorias se mantendrían invariables si ISA absorbe el control de TRANSELCA S.A. E.S.P.* Análisis: La finalidad de la disposición no es mejorar las condiciones que se exigen para participar en los procesos del expansión de la trasmisión de energía, sino una más general, consistente en evitar que mediante el mecanismo de la fusión por absorción, las actividades de Generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica en el sistema interconectado lleguen a ser desarrolladas principalmente o exclusivamente por empresas concentradas verticalmente. A este respecto, la posibilidad de aprovechar economías de escala tiene que conjugarse con la exigencia de tener empresas desintegradas por servicios, como lo previó la Ley 143 de 1994 para las empresas creadas con posterioridad a su expedición.
EMPRESA	**EPM**
No. DE RADICADO	E-2007-008963 NOV.16-07
COMENTARIOS	**Comentarios al artículo 1:** *No es razonable evitar que las empresas se integren, dado que el artículo 74 de la ley 143 de 1994 no prohibió la integración vertical de las empresas existentes. Además es asimétrica dado que permite la integración de las nuevas entre sí y de las creadas con anterioridad a la Ley 143 de 1994 entre sí. A las empresas que desarrollan la actividad de generación se les impongan límites por varias vías.* **ANÁLISIS DE LA CREG:** La finalidad de la disposición no es prohibir la concentración por absorción en todos los casos, sino en aquellos en que el efecto de la absorción es la eliminación de las empresas que, en virtud de lo dispuesto por la Ley 143 de 1994, no desarrollan conjuntamente más de dos actividades, salvo las de generación-comercialización o distribución-comercialización; con lo cual, se preserva todo cuanto se ha avanzado en desintegración vertical a partir de la vigencia de la citada Ley, manteniendo las condiciones necesarias para la existencia de mercados en competencia. **Comentarios artículo 2º.** - *La medida propuesta es mucho más extrema que la consignada actualmente en la Resolución CREG-022 de 2001.*

	La norma propuesta extiende la limitación vigente a toda empresas que tenga entre sus actividades la transmisión, pero sólo restringe la participación de generadores, distribuidores, comercializadores y empresas integradas en una empresa que tenga más del 1% en transmisión. Hoy la restricción opera sólo en empresas transmisoras puras y sin sujeción a la participación en los ingresos del STN. Por lo tanto, por el sólo hecho de que una empresa tenga entre sus actividades la transmisión, así sea de manera marginal, se limita la participación de las empresas del sector en el capital social de aquella. - *Resulta muy desproporcionada la propuesta de obligar al generador, distribuidor, comercializador o empresa integrada que tiene acciones, cuotas o partes de interés en el capital de la empresa que ejerce la actividad de transmisión, a vender la participación en el capital social que exceda el 15%, en aquellos casos en que esta última supere el 1% de los ingresos del STN. Debe tenerse en cuenta que la participación en el capital social es sobre toda la empresa y no sobre la actividad de transmisión solamente, por lo tanto, para ajustarse al límite de Ingresos, bastante bajo por cierto, se obligaría a una empresa a renunciar a una importante participación en el capital de esa empresa.* - *No se entiende el temor de sobrepasar el límite del 1%, máxime considerando que las empresas sometidas al actual proceso de venta tienen una baja participación en la actividad de transmisión. Debe tenerse en cuenta que el Sistema Interconectado Nacional, SIN, opera bajo el marco del reglamento de operación, el cual es definido por la GREG y ejecutado por el Consejo Nacional de Operación, CNO, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 143 (articulo 34). Esto implica que la operación del sistema se realiza de manera independiente a la propiedad de los activos, lo cual brinda el esquema ante eventuales conductas de abuso de posición dominante.* *Además, cabe recordar que la Ley 143 consagra el libre acceso como un principio fundamental (artículo 30) y señala las conductas que son restrictivas de la competencia y las sanciones a que habría lugar (artículo 43). Es decir, desde la misma ley se establece un régimen que regula la conducta de los agentes orientado a limitar y a castigar las prácticas restrictivas de la competencia.* - *Surge además la inquietud de cuál es el soporte para definir el límite en ingresos en el 1%. En principio es un número arbitrario, que igual podría ser 2%, 10%, etc.* - *El permitir tener más del 15% del capital social, modificando la restricción que contemplaba la Resolución 022 de 2001, artículo 10 Modificado por la Resolución CREG -001 de 2006, artículo 8, en el cual la participación se fijaba como máximo en el 15%, literal c, se vuelve inocuo si se ata a la participación en ingresos de máximo el 1%. Es evidente que aumentar la participación de manera importante en estas condiciones será prácticamente imposible.* - *- La medida restringe la competencia en todas las actividades debido a que impide que un mayor número de agentes participen en la compra de empresas del sector, que tienen la actividad de transmisión, con un peso en los ingresos de más del 1%, y limita la posibilidad de aprovechar las economías de escala que se pueden obtener en la actividad.* *- La medida es discriminatoria en tanto conlleva a que sólo las empresas*

	que tienen una participación en los ingresos por transporte en el STN inferior al 1% pueden vender su capital social en mas del 15% a un mismo agente generador, distribuidor, comercializador o integrado verticalmente con más de una de estas actividades, mientras que aquellas que tienen una participación superior sólo podrán vender el 15% como máximo, a ese mismo agente. *- La medición transgrede lo consignado en el artículo 74 de Ley 143, el cual estipula lo siguiente:* *"Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución".* *En la lectura que se hace de este articulo, se observa que la Ley 143 no impidió la integración vertical a las empresas que a esa fecha estaban integradas. Imponer la restricción de la participación accionaria en una empresa, sujeta a su peso en el nivel de ingresos por transporte, implica imponer un límite a la libertad económica de los agentes que estaban integrados antes de la expedición de la Ley 143. Debe tenerse en cuenta, además, que la Ley 143 de 1994 sólo tenía una prohibición expresa en el caso de ISA con respecto a que no podría desarrollar las actividades de generación, comercialización y distribución respecto a que no podría desarrollar las actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad (parágrafo 3, artículo 32), por lo cual le exigía objeto social exclusivo.* *- Por último, debe anotarse que en la redacción del artículo, no es claro si esta propuesta aplica para las empresas integradas que tengan dentro de sus actividades la de transmisión, o sólo aplica para aquellas que desarrollan de manera integrada las actividades de generación, distribución y comercialización* *Con base en los argumentos expresados anteriormente, las EE.PP.M E.S.P. se permiten solicitar que en el caso en que la Comisión se reafirme en dicha propuesta, como mínimo se modifique en los siguientes términos:* *- Se aumente el porcentaje en ingresos del 1 % a un porcentaje que sea igual en valor al límite de participación (15%) en las empresas trasmisoras que hoy se permite y que no tiene la restricción en ingresos del STN.* *- Para aquellos casos en que no se cumpla con el límite de ingresos definido (una vez revisado), se de un plazo para disponer de los activos de transmisión de manera que la empresa que se compra o los compradores cumplan con el límite establecido. Por lo tanto, que no se obligue a la empresa compradora a reducir su participación accionaria al 15%.* **ANÁLISIS DE LA CREG** El punto ideal es que las empresas generadoras, distribuidoras y comercializadoras no tengan capacidad de influir en la dirección de las empresas que ejercen la actividad de transmisión. No obstante, la CREG propone permitir que las generadoras, distribuidoras y comercializadoras tengan más del 15% del

	capital de una empresa que ejerce la actividad de trasmisión cuando esta actividad no sea significativa en el SIN. Con ello se permite que las generadoras, distribuidoras y comercializadoras adquieran más del 15% del capital de empresas integradas desde antes de la entrada en vigencia de Ley 143 de 1994. A este respecto, observamos que algunas empresas constituidas antes de la vigencia de la Ley 143 de 1994 desarrollan conjuntamente las actividades de distribución y comercialización de energía y residualmente la de transmisión, con una participación en los ingresos totales de la actividad un poco superior al 1%, razón por la cual es procedente subir el límite al 2%. El libre acceso a la red no es suficiente para garantizar la libre competencia en el mercado de energía, donde se requiere que el transmisor sea neutral, es decir que no tenga ningún interés en las operaciones del mercado. En el mismo sentido, la Ley le impone al regulador la función de regular la estructura del mercado y controlar la concentración de la propiedad en actividades complementarias en la prestación del servicio. La compra de empresas que desarrollan la actividad de trasmisión por parte de empresas que desarrollan otras actividades no mejora las condiciones de competencia en los mercados de energía, sino en los procesos de enajenación de acciones, incidencia esta ultima que es ajena las funciones de la CREG. De otro lado, el aprovechamiento de las economías de escala debe sopesarse frente a la necesidad de generar competencia en el sector. La medida no es discriminatoria, por dos razones, la primera es que la norma propuesta no está creando restricciones a las empresas que desarrollan la actividad de transmisión, como se da a entender en el comentario, sino a los generadores, distribuidores, comercializadores y empresas que desarrollan integradamente estas actividades, a quienes se les limita tener más del 15% de las acciones o cuotas de interés de las empresas que desarrollan la actividad de trasmisión, salvo que esta actividad no sea representativa en el sistema; la segunda, es que no se está dando trato desigual a quienes ostentan una misma posición frente a los mercados de energía, sino lo contrario reconociendo estas diferencias. La disposición propuesta no trasgrede lo consignado en el Artículo 74 de la Ley 143 de 1994, en tanto que no está ordenado la escisión de las empresas constituidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994, ni restringiendo su crecimiento en ninguna de las actividades que desarrolla o que legalmente pude ejecutar. Lo que la ley limita es que los generadores, distribuidores, comercializadores y empresas integradas verticalmente adquieran partes importantes del capital de empresas que participan en la actividad de transmisión de energía con capacidad para afectar la neutralidad necesaria para la existencia de un mercado de energía. La propuesta en clara en establecer que limitaciones a la participación de determinados agentes en el capital social de una empresa que desarrolle la actividad de Transmisión Nacional, sin distingo de si esta última está integrada o tiene como objeto exclusivo la actividad de trasmisión. En relación con las sugerencias de modificación a la propuesta se concluye: a. Que el porcentaje del 1% no tiene ni debe tener relación con los ingresos de la empresa que tenga acciones, cuotas o partes de interés en una empresa que desarrolla la actividad de transmisión, sino que es una forma de medir el tamaño de la actividad en el conjunto del sistema, razón por la cual se fijará el tamaño en un 2% de los ingresos del STN. b. Como se dejó expuesto la limitación no se impone a la empresa que ejerce la actividad de de transmisión, por tanto no se debe imponer a

	esta la carga de disminuir sus activos. La empresa que ejerce la actividad de trasmisión conserva el derecho de expandirse, con excepción de las restricciones que establece la Resolución 022 de 2001, modificada por la Resolución 01 de 2006, quien debe soportar la carga de disminuir la participación en la empresa es el generador, distribuidor, comercializador que tiene acciones superiores al 15% del capital. **Comentarios articulo 3º.** *- Esta medida va en contravía de lo dispuesto en la Resoluci6n CREG-001 de 2006, teniendo en cuenta que allí se eliminó el límite a la participación de mercado de la actividad de distribución (articulo 4, el cual derogó el artículo 5 de la Resolución GREG 128 de 1996). Y aquí se observa que indirectamente se está sustituyendo el límite de participación en distribución por el límite de participación accionaria.* *- La medida va en contravía de lo propuesto en el artículo 1 pues se está permitiendo que empresas distribuidoras creadas antes de la expedición de la Ley 143 de 1994 compren empresas integradas.* - De la lectura que se hace de este artículo se infiere que se está tratando de controlar la integración entre las actividades de comercialización y generación, a través de las empresas distribuidoras, las cuales son en todos los casos distribuidoras-comercializadoras. A este respecto conviene recordar que la actividad de comercialización en si misma tiene ya una limitación con relación al 25% del mercado (medido con respecto a la demanda comercial). - Al igual que en el articulo 2, la medida es desproporcionada en tanto se obliga a las empresas a disminuir su capital social al 25% cuando se supere el limite del 1% en ingresos de generación. **Propuesta:** - La misma propuesta presentada para el artículo 2. **ANALISIS DE LA CREG** Como se explica al inicio del documento uno es el límite de participación en una actividad y otra la concentración de capital en actividades complementarias, por lo cual con la propuesta no se está sustituyendo el límite que se levantó en la actividad de distribución por uno distinto, las empresas distribuidoras pueden seguir ensanchando la actividad mediante la expansión de sus sistemas, o la adquisición de otros sistemas o la adquisición de empresas cuyo objeto sea la distribución de energía; tampoco se pretende agregar limitaciones a la actividad de comercialización, por el contrario, lo que se propone es una flexibilización de la regla establecida en el artículo 6 de la Resolución CREG 0128 de 1996, para permitir que una empresa distribuidora pueda tener más del 25% del capital de otra compañía distribuidora que residualmente desarrolla la actividad de generación.
EMPRESA	**CODENSA**
No. DE RADICADO	E-2007-009001 NOV.19-07
COMENTARIOS	Respecto del artículo primero, observamos que si bien la CREG pretende mantener la separación de actividades de las empresas de servicios públicos constituidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, lo que en realidad hace es prohibir a una Empresa de

	Servicios Públicos constituida antes de la expedición de la Ley 143 mantener su vocación de integralidad, al prohibirle absorber una Empresa de Servicios Públicos nueva, desconociendo con ello el artículo 74 de la Ley mencionada y el reciente pronunciamiento del Consejo de estado1 "el regulador económico no puede establecer una regla de comportamiento diferencial que desconozca la diferenciación prevista por la ley". (CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de mayo 2 de 2007. Exp. 16257. M.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO) que le permiten ejercer actividades integradas. Consideramos que una regulación en este sentido ameritaría un amplio debate al interior del sector, el cual, en las actuales circunstancias, no resulta oportuno adelantar, por lo que sugerimos que este tema sea aplazado y analizado posteriormente. En lo que tiene que ver con los artículos 2°. y 3°. de la Resolución estudiada, observamos que debido a que en forma expresa se deja solo la opción de vender el excedente de participación en la respectiva empresa que sobrepase el porcentaje del 1% de ingresos por la actividad de Transmisión o Generación, recomendamos que también se permita en el mencionado plazo de seis (6) meses, la opción de tomar otro tipo de acciones, como desinvertir en activos, hasta que los ingresos por las actividades de Transmisión o Generación, según el caso, se ajusten al porcentaje del 1% mencionado. Lo anterior, debido a que si solo se deja la opción de venta de la participación accionaria, se abriría la puerta para que se presenten en el sector actuaciones especulativas. Finalmente, consideramos que el porcentaje del 1% del total de ingresos por as actividades de Transmisión o Generación, resultan ser muy bajos dados los ingresos que por tales actividades perciben las Empresas, máxime cuando los ingresos por la actividad de Transmisión son regulados, por lo que recomendamos que sean aumentados a un 2% o a un 5%. **ANÀLISIS DE LA CREG** En relación con las observaciones sobre el artículo primero, se responde que el regulador no está creando una regla de comportamiento diferencial que desconozca la diferenciación prevista por la Ley, sino al contrario, preservando la diferenciación establecida en la Ley. Como hemos manifestado frente a los comentarios de EPM, la CREG no restringe que las empresas constituidas antes de la ley 143 de 1994 desarrollen todas las actividades que estaban ejecutando o que legal y estatutariamente pueden ejercer, ni restringiendo su crecimiento en las actividades que realiza más allá de los límites establecidos en resoluciones previas con el fin de promover la competencia. Lo que se restringe es que mediante la fusión por absorción, que es una forma de concentración de la propiedad, se eliminen las empresas desintegradas verticalmente y las prestación del servicio de energía eléctrica quede totalmente concentrado en empresas integradas verticalmente, destruyendo las condiciones de competencia que se ha logrado a lo largo de 11 años de vigencia de la Ley 143 de 1994. En relación con las sugerencias de modificación de los artículos 2 y 3 propuestos, reiteramos que la CREG no está imponiendo un límite a la empresa que desarrolla las actividades de trasmisión o de generación, sino a los accionistas de esas empresas que son personas distintas a la compañía. Por tanto, si la empresa crece en su participación en las actividades de trasmisión o de generación es el accionista el que debe soportar la carga de tener que disminuir su participación en el capital de aquella. Observemos que además del generador, distribuidor o comercializador que tiene acciones o cuotas en las

	compañías referidas, hay otros accionistas que no tiene porque verse afectados por la restricción que la regulación impone a sus coasociados. No obstante, como es posible que el generador, distribuidor o comercializador tenga el control de la compañía que realiza la actividad de transmisión o de la empresa integrada que participa de la actividad de generación, se dará la opción de que sea la compañía la que autónomamente limite su participación en la actividad, caso contrario el accionista deberá disminuir su participación en el capital.
EMPRESA	**ELECTRICARIBE**
No. DE RADICADO	E-2007-009015 NOV.19-07
COMENTARIOS	El artículo 1º. del proyecto de resolución plantea la prohibición para que empresas que tengan por objeto la prestación del servicio de energía eléctrica, y que hayan sido constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, puedan absorber empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a dicha ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera de las actividades de transmisión, generación y distribución de energía eléctrica. Consideramos que esta propuesta es inconveniente, en la medida en que establece una discriminación específica para determinadas empresas, que no afectaría a otras empresas en condiciones de integrarse, por ejemplo, en el caso de la integración entre empresas constituídas con posterioridad a la vigencia de la ley 143, o de la integración entre empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de esta Ley. No es clara por lo demás la sustentación jurídica de esta propuesta, dado que se expresa que la misma tiene el fin de "mantener la separación de actividades establecida en el artículo 74 de La Ley 143 de 1994". En efecto, no resulta evidente que mediante una prohibición adicional no contemplada en dicho articulo, como es la posibilidad de que una empresa constituida previamente a la vigencia de la Ley 143 pueda absorber a otra empresa constituida con posterioridad a esta norma, se pretenda mantener la separación de actividades, cuyas condiciones han sido establecidas en la ley. Cabe citar al respecto el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado sobre esta materia, en el fallo AN16257 del pasado 2 de mayo en el que se expresa en cuanto al alcance del artículo 74 de la Ley 143 lo siguiente: "De la simple lectura del texto legal trascrito se deducen los presupuestos que la norma estableció para su aplicación: i) que se trate de empresas prestadoras del servicio público de electricidad que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 (sujetos de la norma); ii) que no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución (condiciones de aplicabilidad). " ... "En cuanto hace al primer presupuesto reseñado, la norma en comento establece tres condiciones: i) que se trate de empresas que tengan por objeto prestar el servicio público de electricidad; ii) que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 y iii) que hagan parte del sistema interconectado nacional, esto es, la norma no aplica a las .empresas que prestan el servicio en zonas no interconectadas-ZNI. " "El precepto es claro en imponer este límite a la libertad económica sólo para los nuevos operadores del servicio de electricidad que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional-SIN que se constituyan a partir de la promulgación de la ley (art. 93), la cual tuvo lugar el 12 de julio de 1994 (Diario Oficial 41.434), dejando por fuera de su aplicación a los prestadores

	que -contrario sensu- se hayan constituido *con anterioridad a la vigencia de la misma.", I* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Radicación número: 1100-10-326-000-1998-05354-01. Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA S.A. E.S.P. Referencia: AN - 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En resumen, de la sentencia del Consejo de Estado se desprende que la limitación económica establecida en términos de la separación de actividades, definida en el artículo 74 de la Ley 143, solo puede aplicarse a las empresas constituidas con posterioridad a dicha Ley. En consecuencia, consideramos que el artículo 1°. de la propuesta de resolución en cuestión no tendría suficiente sustento legal. Con respecto a las disposiciones contenidas en los artículos 2°. y 3°. del proyecto de resolución, entendemos que estarían concebidas para permitir algún grado de integración vertical a través de la participación accionaria de empresas del sector, bien sean de objeto exclusivo o integradas verticalmente, en otras empresas que realicen actividades de transmisión o de generación. Este grado de integración estaría limitado hasta un 1% de participación de los ingresos de la empresa de transmisión en el total de ingresos del STN, y hasta un 1% en la actividad de generación, calculada según la definición del artículo 3°. de la resolución CREG 060 de 2007. En este sentido las propuestas contenidas en los artículos 2°. y 3°. permitirían mantener los límites a la integración y la participación de mercado establecidos en las resoluciones CREG 128 de 1996, 022 de 2001, y 001 de 2006, las cuales constituyen reglas necesarias para garantizar el control de poder de mercado, en particular en mercados de un tamaño relativamente reducido. Al mismo tiempo, estas disposiciones permitirían un mayor grado de flexibilidad en los procesos de inversión en marcha a partir de las empresas existentes en el país. No obstante lo anterior, sería deseable el desarrollo de otro tipo de instrumentos regulatorios, además de los límites porcentuales a la participación de mercado, y a la vinculación accionaria, que permitan evaluar en forma dinámica y controlar oportunamente el ejercicio de poder de mercado. **ANÀLISIS DE LA CREG** En relación con los comentarios relacionados con el artículo primeo del proyecto de resolución publicado reiteramos la respuesta que frente a similar observación hizo la empresa CODENSA.

EMPRESA	**ISA**
No. DE RADICADO	E-2007-008952 NOV.16-07
COMENTARIOS	A pesar de que los Considerandos que motivan el proyecto de resolución hacen referencia a las actividades de generación, comercialización y distribución, el Artículo 1°. Incluyó explícitamente la actividad de transmisión, con lo cual una empresa de transmisión constituida antes de la Ley Eléctrica estaría limitada para acometer acciones que le permita lograr una optimización en sus procesos para la prestación del *servicio* de transporte, a partir del aprovechamiento de economías de escala, a través de la absorción de otra empresa de transmisión constituida con posterioridad a esta Ley y sobre la cual tenga una posición de control; este caso aplicaría a la relación entre ISA y su filial TRANSELCA. Esta limitación no es Consistente con lo definido en la Resolución CREG 001 de *2006* y específicamente en el Documento GREG 095 de noviembre de 2005, el

cual contenía los análisis que sustentaron las Resoluciones GREG 104 de 2005 y 001 de 2006, y donde se indicaba que:

> "Al igual que la actividad de distribución de electricidad, la transmisión es considerada un monopolio natural y en consecuencia, la participación esperada de un transmisor en el mercado relevante es del 100%.
>
> No obstante, la expansión de las redes en Colombia actualmente se basa en un esquema de competencia por el mercado cuya eficacia como mecanismo de aseguramiento de una expansión eficiente depende principalmente de la concurrencia de varios proponentes a las convocatorias públicas.
>
> En tal sentido, aunque la Comisión no limita el monto de los activos de una empresa transmisora, sí restringe las estrategias de crecimiento de tales firmas con el objetivo de preservar la independencia de los agentes que participan en las convocatorias para la expansión del sistema de transmisión nacional" (Subrayo fuera de texto).

Con el objetivo de garantizar lo resaltado en el párrafo anterior, esto es, la independencia de los agentes participantes, el Artículo 8°. de la Resolución CREG 001 de 2006, por medio del cual se modificó el Artículo 10°. de la Resolución CREG 022 de 2001, estableció que "b), Los proponentes que participen en un mismo proceso de selección no podrán tener una relación de control, ya sea en calidad de matriz, filial, subsidiaria o subordinada de acuerdo con lo previsto por la legislación comercial".

Adicionalmente, el Literal b) del mismo Artículo estableció que "A partir de la vigencia de la presente Resolución Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. y las empresas con quienes tenga una relación de control, solamente podrán incrementar su participación en la actividad de Transmisión cuando sean elegidas beneficiarias en los procesos de selección a los que hace referencia la presente Resolución. En ningún caso podrán adquirir participación societaria o accionaria, ni incrementar la que tuvieren en empresas de Transmisión Nacional existentes o futuras, salvo en aquellas con *respecto* a las cuales tengan una relación de control" (subrayo fuera de texto).
Con lo anterior, una empresa de transmisión tiene hoy la posibilidad de incrementar su participación accionaria en otra empresa de transmisión en la cual ya tenga el control, sin alterar la eficiencia del esquema de competencia por el mercado en el que actualmente se basa la expansión del Sistema de Transmisión Nacional -STN-.

Esta situación se mantendría invariable ante la situación hipotética en que una empresa de transmisión creada antes de la Ley Eléctrica decidiera absorber su filial (específicamente una empresa de transmisión creada después de la Ley Eléctrica y sobre la que tenga una relación de control), por esta razón sugerimos a la Comisión la revisión del Artículo 1°. del proyecto de resolución con el fin de que se mantenga vigente esta posibilidad, que permitiría, en un momento dado, la optimización de los procesos y recursos requeridos para la prestación del servicio de transporte de energía. Situación que particularmente aplicaría a ISA y TRANSELCA.

ANÀLISIS DE LA CREG

En primer lugar, se reitera lo expuesto frente a los comentarios de de EPM en el sentido que uno es el límite de participación en una actividad y otra la concentración de capital en actividades complementarias, por lo cual con la propuesta no se está sustituyendo el límite que se levantó en la actividad de distribución mediante la Resolución CREG 01 de 2006. En este sentido las

	empresas que desarrollan a actividad de de trasmisión pueden seguir expandiéndose mediante el mecanismo de la competencia por los proyectos de expansión. En segundo lugar, si bien en el caso concreto expuesto por ISA, esta empresa podría absorber a su filial TRANSELCA sin violentar la Resolución Creg 022 de 2001, en su Artículo 10, ni las razones que sustentan dicho artículo, no es menos cierto que se trata de un caso particular con el cual no se pude cuestionar la regla general que pretende impedir que las empresas constituidas antes de la vigencia de la Ley 143 de 199, cuyo objeto es prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional absorban las empresas creadas con posterioridad a la Ley 143 de 1994 cuyo objeto está restringido por disposición de la misma Ley. Para permitir la operación que pretende ISA sin dejar sin efecto la regla expuesta sería necesario expedir una disposición que aplique exclusivamente para esa empresa.