

Voto a favor de eliminación de trámite de notificación



FEDERICA DEL LLANO
ASOCIADA
PPU LEGAL

En varias ocasiones, la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (Ocde)* ha recomendado a la *Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)* modificar el trámite de notificación de las concentraciones empresariales, para eliminar la posibilidad de que las empresas con participaciones inferiores a 20% en todos los mercados relevantes afectados puedan informar la concentración mediante un trámite abreviado (notificación).

En Colombia, el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales depende de la participación conjunta de las empresas intervinientes. Cuando la participación es igual o superior a 20% en al menos uno de los mercados relevantes afectados, la operación está sujeta al trámite de solicitud de autorización (pre-evaluación); mientras que, si es inferior a 20% en todos los mercados relevantes afectados, la concentración se entiende autorizada y las empresas solo están obligadas a notificar a la *SIC*.

El trámite de pre-evaluación tiene dos fases, puede durar en

tre dos y ocho meses, y culmina con la autorización formal, condicionamiento u objeción de la concentración. En el trámite de notificación, por el contrario, la *SIC* no expide una autorización formal; se limita a "acusar recibo" de la notificación dentro de los 10 días hábiles siguientes a su presentación.

LA ELIMINACIÓN DEL TRÁMITE DE NOTIFICACIÓN ES UNA REFORMA QUE SE DEBATIRÍA ENTRE LA AGILIDAD EN EL TRÁMITE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

No obstante lo anterior, la *SIC* se reserva la facultad de verificar los supuestos en los que se fundamenta la notificación dentro del término de caducidad establecido en la ley: cinco años. Durante este tiempo, la *SIC* puede determinar si hubo un incumplimiento al deber de informar

las concentraciones. Este deber se entiende incumplido cuando la *SIC* considere que la notificación no era el trámite adecuado, y la transacción se haya cerrado sin haber sido autorizada formalmente mediante el trámite de pre-evaluación; o bien cuando las empresas intervinientes no notifiquen o no obtengan autorización de la *SIC* de manera previa al cierre de la transacción.

En este escenario, uno de los problemas que enfrentan las empresas es la inseguridad jurídica, pues un error en las participaciones como consecuencia de una inadecuada definición y estimación del tamaño de los mercados puede acarrear multas a las empresas de hasta 100.000 salarios mínimos (aproximadamente US\$25.000), por no haber sometido la concentración al trámite adecuado (por ejemplo, pre-evaluación en vez de notificación).

Para determinar si el trámite aplicable es la notificación, las empresas tienen la carga, primero, de definir y estimar el tamaño de los mercados relevantes afectados; y, segundo, de calcular sus participaciones en

dichos mercados. Así, por tratarse la participación de mercado de un cálculo subjetivo que no está exento de márgenes de error, y que además queda a discreción de las empresas y de sus asesores, este no debería ser un criterio para determinar el trámite aplicable en materia de concentraciones.

La tendencia mundial ha sido aplicar criterios objetivamente cuantificables para determinar el trámite de control previo de concentraciones y así evitar riesgos. Incluso, en agosto de 2015 se radicó en el *Congreso* colombiano un proyecto de ley que eliminaba el trámite de notificación, y con ello el criterio de la participación de mercado para determinar el trámite aplicable, pero el proyecto fue retirado en 2016. Sin embargo, sería interesante retomar esta reforma que, aunque sacrificaría la agilidad en el trámite de concentraciones, daría seguridad jurídica a las empresas evitando el riesgo de ser investigadas por no haber sometido la concentración al trámite aplicable.

LAS OPINIONES EXPRESADAS POR LOS COLUMNISTAS SON LIBRES E INDEPENDIENTES Y DE ELLAS SON RESPONSABLES SUS AUTORES. NO COMPROMETEN EL PENSAMIENTO DE ASUNTOS LEGALES.

Cargo por confiabilidad: ¿a las fauces de quién?



HEMBERTH SUÁREZ
ABOGADO Y SOCIO
DE LA FIRMA OGE
LEGAL SERVICES

Meterse en las finanzas de los inversionistas privados que confían en las reglas del cargo por confiabilidad, implica introducir la cabeza en las fauces bien abiertas y apetitosas de quién sabe qué tipo de intereses.

Esto puede generar incertidumbre y mayor percepción del riesgo para los inversionistas, lo que finalmente desincentivaría la realización de inversiones en generación de energía eléctrica y comprometería la capacidad de atender la demanda futura de energía en Colombia.

El cargo por confiabilidad es un esquema de remuneración que ha hecho viables inversiones privadas en los recursos de generación eléctrica necesarios para garantizar de manera eficiente la atención de la demanda de energía en condiciones críticas de abastecimiento. Lo anterior permite asegurar disponibilidad de recursos de generación de energía en periodos de escasez y garantiza un

abastecimiento de energía a un precio eficiente.

LA ACTIVIDAD DE GENERACIÓN DE ENERGÍA REQUIERE UN CONOCIMIENTO TÉCNICO QUE NO PUEDE SER DESPLAZADO POR EL DE AUTORIDADES DE CONTROL

Pues bien, está circulando en el *Congreso de la República* una iniciativa legislativa para señalar que los recursos provenientes del cargo por confiabilidad, tienen carácter público y en consecuencia estarán sujetos al control de órganos de control y vigilancia del Estado, como son *Contralorías*, *Procuradurías* y *Fiscalías*. Lo anterior, bajo el pretexto que esa figura no está cumpliendo su cometido y que la realidad del uso de los recursos recaudados bajo la figura del cargo por confiabilidad

dista mucho de su finalidad; al menos eso es lo que señala la exposición de motivos del proyecto de Ley 146-19. Esta iniciativa legislativa puede detonar intereses de operadores políticos que están detrás de algunas entidades de control, con esto se impulsa la coadministración, entorpeciendo el normal funcionamiento de las empresas controladas. Recordemos que la actividad de generación de energía requiere un conocimiento especializado y técnico que no puede ser desplazado por el de las autoridades de control.

En tal sentido, conviene revisar si realmente se requiere una ley para cumplir el objetivo de la iniciativa legislativa N° 146-19, sobre todo porque la *Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios* y la *Comisión de Regulación de Energía y Gas*, son las autoridades que desde 1994 han cumplido con el rol de reguladores y vigilantes del cargo por confiabilidad. Pero, además, porque

conviene analizar en mesas de trabajo con abogados e ingenieros expertos del sector eléctrico, el sustento según el cual los recursos del cargo tienen la naturaleza de privados y no públicos.

Para concluir, el proyecto de ley se torna más delicado cuando se conoce que viene en camino otra propuesta legislativa que busca reformar la *Contraloría*, en esta ocasión, para establecer una función preventiva que puede llegar a desnaturalizarse en la práctica volviendo al ejercicio de un control previo, el cual, en palabras del actual Contralor, originó una terrible corrupción. Esto puede desencadenar en una coadministración en donde las instrucciones las da una entidad con poderes sancionatorios y la parte que recibe esas instrucciones es un inversionista privado, introduciendo de esa manera al sector eléctrico en las fauces quien intereses que pueden afectar la esencia del cargo por confiabilidad.

CONMUTADOR
(1) 4227600

Calle 25D Bis
No. 102 A 63
Bogotá D.C.
Colombia
OFICINA CENTRO
3344768 - 2814481

BARRANQUILLA
(5) 3582562
CALI
(2) 6616657
CARTAGENA
(5) 6642680
MANIZALES
(6) 8720900
MEDELLÍN
(4) 3359495
PEREIRA
(6) 3245128
BUCARAMANGA
(7) 6322032