Energía, Over The Counter

HEMBERTH SUÁREZ LOZANO
ABOGADO EN OGE LEGAL SERVICES

El mercado de energía OTC, por sus siglas en inglés Over The Counter, es un mercado de venta libre, donde los agentes generadores y comercializadores de energía eléctrica compran y venden energía a través de contratos energía eléctrica por un plazo generalmente de dos a tres años. Pues bien, la forma de transar en este mercado OTC debe ser redefinida para alcanzar eficiencia en los precios de la energía eléctrica.

Desde 2013 estudiantes de la *Universidad Eafit* concluyeron que era necesario introducir modificaciones a la manera en la que se realiza la contratación de compraventa de energía en el mercado OTC. Esta sugerencia vuelve a tomar fuerza en este año 2020 con la Misión de la Transformación Energética.

Las oportunidades de mejora que se vienen contemplando en el mercado OTC son principalmente las siguientes. Primero, los precios negociados en el mercado OTC no están disponibles para el público, lo cual se traduce en una barrera de entrada para los nuevos participantes del mercado de energía que no tienen acceso a esta información. Segundo, los precios de la energía para los usuarios no regulados tienden a estar muy por debajo de los precios de los usuarios regulados. Tercero, falta anonimato, en la actualidad el precio de la energía lleva implícito una percepción del riesgo. Es decir, si el comercializador que compra la energía no tiene suficiente solidez financiera, se le vende poca cantidad, con altas exigencias de respaldo crediticio o a un precio alto. Lo cual se termina trasladando a los usuarios finales. Cuarto, no hay estandarización de los contratos. Dado que el mercado OTC es libre, los términos y condiciones de los contratos de venta de energía presentan una diversidad considerable. Por ejemplo, he visto contratos de suministro de energía que a mi modo de ver no pasan una supervisión de la Superintendencia de Industria y Comercio porque configuran abuso de posición dominante. Esto es así porque emplean textos que son restrictivos obligando a un usuario a permanecer plazos superiores al mínimo exigido por la regulación. Si no lo hacen la consecuencia es la aplicación de una cláusula penal. Quinto, los comercializadores no integrados verticalmente, los propietarios de las unidades de generación de energía y pequeños participantes han limitado el acceso a los contratos bilaterales.

ESTE ES UN MERCADO DE VENTA LIBRE, DONDE LOS AGENTES COMPRAN Y VENDEN ENERGÍA A TRAVÉS DE CONTRATOS POR UN PLAZO GENERALMENTE DE DOS A TRES AÑOS

Veamos algunas opciones que pueden ayudar a solucionar lo antes mencionado. Primero, crear medidas para un mercado líquido, transparente y estandarizado. Segundo, crear una unidad de monitoreo del mercado independiente, que tenga funciones de seguimiento de las transacciones y desempeño del mercado mayorista, así como de las acciones del operador y del administrador del mercado. Tercero, establecer un límite en el porcentaje de los costos de riesgo de contraparte que los comercializadores pueden transferir a los usuarios finales. La participación de nuevas fuentes de generación como la energía renovable y los esquemas de almacenamiento de energía con baterías nos invitan a ver el mercado con un prisma diferente aquilatando experiencias para tener un mercado OTC con precios más eficientes e incentivar el ingreso de nuevos agentes.

A propósito del Covid-19: en el contrato de largo plazo de la subasta realizada por la *Upme* se destaca que las obligaciones de suministro no podrán eximirse por fuerza mayor; por ello conviene revisar si la fecha para poner en operación el proyecto es una obligación prorrogable. ¿O no lo es?

Compliance y corrupción en el mundo del M&A

JUAN CAMILO VARÓN ÁLZATE
ASOCIADO SENIOR DE GÓMEZ PINZÓN

Para los abogados no es extraño el concepto de debida diligencia, cuyo proceso puede ser tan extenso y complejo como la eventual adquisición. Así, no es extraño que en estos procesos de debida diligencia se evalúen diversas áreas del derecho como laboral, tributario y ambiental.

Sin embargo, los procesos de M&A y la industria legal se enfrentan hoy en día a que, como parte las debidas diligencias, el área de compliance sea cada vez más importante a efectos de identificar riesgos de corrupción y prevenir la contaminación de las empresas y sus grupos empresariales por cuenta de los actos de los individuos que las dirigen.

Este riesgo resulta particularmente complejo en las sociedades por acciones simplificadas con ocasión del concepto de administrador de hecho, lo que claramente puede tener importantes consecuencias en el régimen de inhabilidades y su contaminación entre personas jurídicas.

Precisamente, este riesgo de contaminación y la importancia de incorporar el área de compliance dentro de las debidas diligencias salta a la vista al consultar el ya ampliamente modificado literal j) del numeral uno del artículo ocho de la ley 80 de 1993. Esta norma consagra no solo la inhabilidad de las personas naturales que han sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública, o de cualquiera de los delitos o faltas contempladas por la Ley 1474 de 2011, sino que además los efectos de la inhabilidad se hacen expansivos a las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores o de socios controlantes, a sus matrices y a sus subordinadas. Así, es claro que la inhabilidad generada por un individuo puede "subir o bajar" en relaciones de control societario.

EL ÁREA DE COMPLIANCE ES CADA VEZ MÁS IMPORTANTE, A EFECTOS DE IDENTIFICAR Y PREVENIR LOS RIESGOS DE CORRUPCIÓN

Se trata entonces de un riesgo en principio derivado de escenarios administrativos/penales, pero que tiene claros efectos o generará riesgos particularmente relevantes en operaciones de adquisiciones empresariales.

Por ejemplo, y como se ha señalado, una sociedad objeto de adquisición puede presentar un riesgo generado por sus administradores o socios controlantes, quienes, al ser declarados culpables por un acto de corrupción, generarán que la inhabilidad de contratación con el estado que se radica en principio en su cabeza, pase a estar ubicada en la sociedad donde estos participan, e inclusive que se expanda a la matriz o subordinadas de la sociedad.

Lo anterior hace que la adquisición de la sociedad no resulte viable -al menos bajo una estructura de adquisición accionaria-, pues en caso de darse una adquisición empresarial de una compañía contaminada por la inhabilidad, se traduciría en que se ha adquirido un vehículo de inversión que no cuenta con uno o más de sus principales activos como es la posibilidad de contratar con el Estado. Ahora, sin bien pueden existir diversos remedios para esta situación bajo el contrato de adquisición, ningún inversionista razonable desearía entrar a una negociación sin contar con un debido análisis de compliance donde se determine si existe el riesgo de perder el activo o empresa que ha dado lugar a la adquisición planteada.

Así y como cierre de lo acá escrito, el "compliance" no es una mera buena práctica empresarial, sino que sus efectos hoy trascienden a diversas y variadas áreas del derecho, las cuales, si bien en muchos momentos no están habituadas a la interacción de este nuevo integrante, son esenciales en un contexto de M&A.

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

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

asuntos:legales

LR DIRECTOR GENERAL FERNANDO QUIJANO VELASCO

GERENTE GENERAL SERGIO QUIJANO LLANO

EDITOR: Noelia Cigüenza Riaño. El contenido del periódico ASUNTOS LEGALES es de propiedad de EDITORIAL LA REPÚBLICA S.A.S.; queda prohibida su reproducción total o parcial en cualquier medio conocido o por conocerse, así como su traducción a cualquier idioma sin autorización escrita de su titular. Las opiniones expresadas por los columnistas y analistas son libres e independientes y de ellas son responsables sus autores. No comprometen el pensamiento de ASUNTOS LEGALES. The content of the newspaper ASUNTOS LEGALES is property of EDITORIAL LA REPÚBLICA S.A.S.; its reproduction, total or in part, by any known of future means, and its translation to any language, is totally forbidden without previous written permission from the owner. The opinions expressed by the columnists and analists are free and independent and they are responsible for their authors. Undertake not thinking of ASUNTOS LEGALES.
© COPY RIGHTS EDITORIAL LA REPÚBLICA S.A.S.
Bogotá, Colombia - No. 3.941 - ISSN 2382-5030