

LUIS FERNEY MORENO CASTILLO

*Los grupos empresariales de los servicios públicos
de energía eléctrica y gas desde la perspectiva
del derecho de la competencia colombiano*

Este tema ha sido poco desarrollado por la doctrina colombiana; empero, encontramos antecedentes normativos en el Código de Comercio, en la Ley 222 de 1995 y en las resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas (CREG).

Por otra parte, se pueden distinguir tres fases por las cuales pasan las empresas de energía y gas, como todas las empresas que operan en el mercado: nacimiento, crecimiento y desfallecimiento. De ahí entonces, para ubicar el tema de los grupos empresariales nos centraremos primero en el crecimiento de las empresas, y luego en el análisis de las estructuras organizacionales resultantes, esto es, en los grupos.

Cabe agregar que la Ley 222 de 1995, que reformó el Código de Comercio, tomó como base el concepto de subordinación y no el de vinculación económica. Este último es un concepto genérico que abarca no solamente las relaciones de subordinación sino también las relaciones de cooperación entre las empresas. En cambio, el primero es un concepto limitado a la relación de subordinación entre empresas, criterio que fue recogido en el artículo de la Ley 222. No obstante, el concepto de vinculación económica se mantiene en el derecho tributario en los artículos 85 del Estatuto Tributario y 6.º del Decreto Reglamentario 1354 de 1987 de 1994, y en el derecho de los servicios públicos en el artículo 14.34 de la Ley 142 de 1994. Pero, para efectos de la configuración de grupo empresarial, reiteramos que el estatuto comercial elimina ese concepto de su cuerpo de normas y sólo queda vigente el concepto de presunción de subordinación.

Dentro de este marco, desarrollaremos el tema de los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas. Por otra parte, estudiaremos la intervención del derecho de la competencia en sus dos fases: la primera, la configuración de los grupos empresariales, y la segunda, las consecuencias de la configuración de los grupos empresariales.

Cabe agregar que la intervención del derecho de la competencia se destaca dada la importancia del tema, porque en Colombia entre los servicios públicos de energía y gas suman alrededor de 14 grupos empresariales o situación de control inscritos en las cámaras de comercio del país, discriminados así: en el

sector eléctrico encontramos 9 grupos empresariales, compuestos por 30 empresas integrantes de un total de 72 empresas del sector. Y en el sector de gas, se hallan 5 grupos compuestos por 34 empresas de un total del sector.

I. CRECIMIENTO DE LAS EMPRESAS DE ENERGÍA Y GAS

Para llegar a la configuración o constitución de los grupos empresariales, veamos cómo son las estrategias de crecimiento de las empresas que sirven de fundamento para calificar los supuestos de presunción de subordinación como unos de los elementos importantes de la existencia de esos grupos.

A. POSIBILIDADES DE CRECIMIENTO

En los estudios de economía industrial¹ se distinguen dos tipos de estrategias de crecimiento que son aplicables a las empresas de energía y gas: crecimiento interno y crecimiento externo

I. CRECIMIENTO INTERNO

Consiste en la creación o constitución por parte de la empresas de energía o gas de una nueva unidad de negocios, sin que se requiera el apoderamiento de otras empresas existentes. La constitución o creación de sociedades filiales o subsidiarias y la escisión para la creación de una nueva empresa son las únicas técnicas jurídicas de crecimiento interno que tienen efectos para la existencia de los grupos o situación de control².

Para una mayor comprensión veamos las características generales de cada una de las estrategias de crecimiento interno que conducen a la constitución de grupos empresariales o situación de control.

1 A. M. KUMPS y R. WITERWULGHE. *Fondements structurels de l'entreprise*, Paris, Cuyas, 1977, p. 224.

2 Las otras técnicas de crecimiento interno que no tienen efectos para la existencia de los grupos empresariales son: constitución o creación de establecimientos de comercio, sucursales, agencias.

a. Sociedad filial: es la sociedad que pertenece a la matriz en forma directa, valga decir, la matriz detenta directamente más del 50% del capital de la sociedad filial. Esto de conformidad con la concordancia entre los artículos 260 y 261 del C. de Co.

b. Sociedad subsidiaria: es la sociedad que pertenece a la matriz en forma indirecta con el concurso o por intermedio de alguna de sus subordinadas. Esto significa que la matriz, con el concurso o por intermedio de una subordinada, detenta más del 50% del capital de la sociedad subsidiaria. Esto según lo previsto en la concordancia entre los artículos 260 y 261 del C. de Co.

c. Escisión para la creación de una nueva empresa: la sociedad inicial sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio para la creación de una nueva sociedad con una participación en más del 50% de capital en ésta. Lo anterior de acuerdo con la concordancia entre los artículos 3.º y 27 de la Ley 222 de 1995.

Según ANGELIER³, esta estrategia es desarrollada por la empresa cuando “la demanda crece rápidamente o se desplaza geográficamente. Así mismo, cuando las técnicas de producción o las normas de consumo están en evolución notable. Por otro lado, cuando los precios relativos de los factores de producción cambian, y aun cuando las economías de escala pueden ser realizadas por un crecimiento de la capacidad de producción existente”.

2. CRECIMIENTO EXTERNO

Consiste en el apoderamiento de empresas existentes en el mercado a través de varios instrumentos jurídicos, pero los destacables para efectos de la existencia de los grupos empresariales son las adquisiciones y los contratos de subordinación⁴.

Veamos cada uno de los instrumentos jurídicos de crecimiento externo:

a. Adquisiciones: las adquisiciones son las compras de títulos valores representativos de capital de una empresa. Estas adquisiciones se pueden hacer en forma mayoritaria o minoritaria. La primera, se entiende como aquella

3 JEAN-PIERRE ANGELIE. *Economie industrielle*, Presses Universitaires de Grenoble, 1991.

4 Los otros instrumentos de crecimiento externo que no tienen efectos para existencia de los grupos empresariales son: la fusión, la escisión por absorción y la cooperación empresarial.

adquisición en la cual una empresa detenta el capital de otra en más del 50%, lo que constituye una presunción de subordinación, *per se*, en los términos del numeral 1 del artículo 261 del C. de Co. La segunda, es una adquisición en la cual una empresa detenta menos del 50% del capital de otra, pero que puede llegar a ser un elemento de presunción de subordinación de acuerdo con el numeral 2 del artículo 261 del C. de Co.

b. Contratos de subordinación: también se puede denominar subordinación contractual. Esta figura jurídica originaria del derecho alemán de los grupos de sociedades tiene las siguientes particularidades, conforme a una interpretación del numeral 3 del artículo 261 del C. de Co. que introduce esta figura novedosa en el derecho colombiano:

– Contratos que tienen por objeto la subordinación: dos o más sociedades concluyen un contrato por medio del cual una sociedad se somete a la dependencia o control de la otra, acordándose una coordinación de actividades o de resultados y transfiriéndose todo o parte de beneficios, sin que la autonomía jurídica formal de los cocontratantes sea afectada. Este contrato se hace en forma escrita y en él se coloca a una sociedad bajo la dirección o control de otra empresa. Esta última, como controlante y la primera como controlada.

– Contratos que tienen por objeto una cooperación, franquicia, mutuo, venta, suministro, etc. pero de los cuales se derivan relaciones de subordinación de los órganos de administración de una sociedad frente a otra. En otras palabras, se presume una subordinación contractual cuando los órganos de administración de una empresa se sometan a las decisiones de otra empresa aun cuando el objeto del contrato no sea la subordinación, tal como lo dispone el numeral 3 del artículo 261 C. de Co.

De acuerdo con ANGELIER⁵, el crecimiento externo “es preferido cuando la demanda es estable y los productos o servicios son fuertemente diferenciados. Así mismo, las barreras son muy elevadas para la conquista de nuevos segmentos de mercado”.

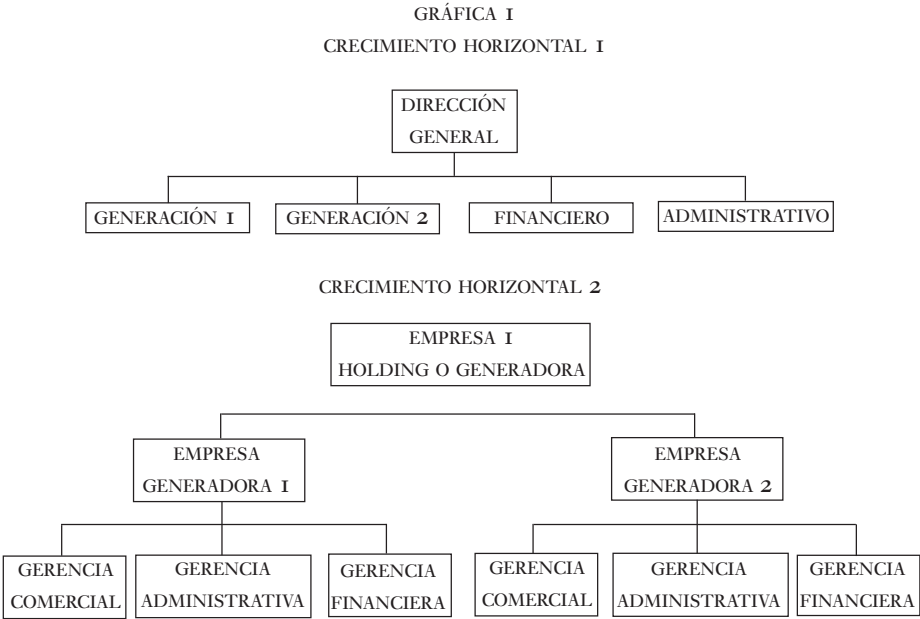
5 *Economie industrielle*, cit.

3. CRECIMIENTO HORIZONTAL, VERTICAL Y
CONGLOMERADO DE UNA EMPRESA DE ENERGÍA Y GAS

Cualquiera de las dos posibilidades de crecimiento y sus técnicas jurídicas analizadas en el punto anterior producen los presupuestos de existencia de los grupos empresariales o la situación de control.

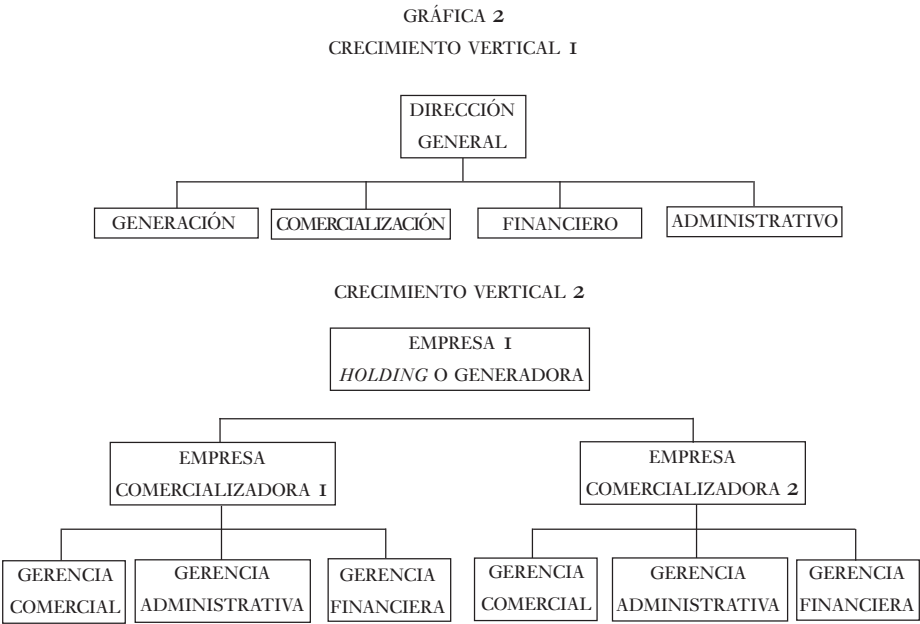
En efecto, las empresa de energía o gas pueden llegar a quedar encuadradas dentro de los presupuestos de existencia de grupo empresarial o situación de control, las cuales se estructuran bajo la forma de grupos empresariales verticales, horizontales y mixtos, grupos conglomerados. No sobra aclarar que en la estructura conglomerada el derecho de la competencia no establece límites.

Veamos en forma gráfica la aplicación de estas estrategias de crecimiento interno y externo:



Como se puede observar en la gráfica 1, el crecimiento horizontal se puede presentar de dos formas:

- O bien dentro de la misma persona jurídica en su giro social se incrementa una nueva unidad del negocio, como el caso de crecimiento horizontal 1 en el que se adiciona una unidad de negocios, la generación 2, a la existente generación 1. Recordemos que esa nueva unidad de generación se podría hacer jurídicamente por medio de mecanismos como la sucursal, establecimiento de comercio o agencia, pero también es importante anotar que no necesariamente se haría a través de estos instrumentos.
- O bien a través de una pluralidad de personas jurídicas como el crecimiento 2, en el cual existe una empresa que genera energía, pero que crea, constituye o se apodera de otra empresa que genera energía con autonomía jurídica y patrimonial. Nótese que en este caso estamos ante una estructura filial de crecimiento horizontal.

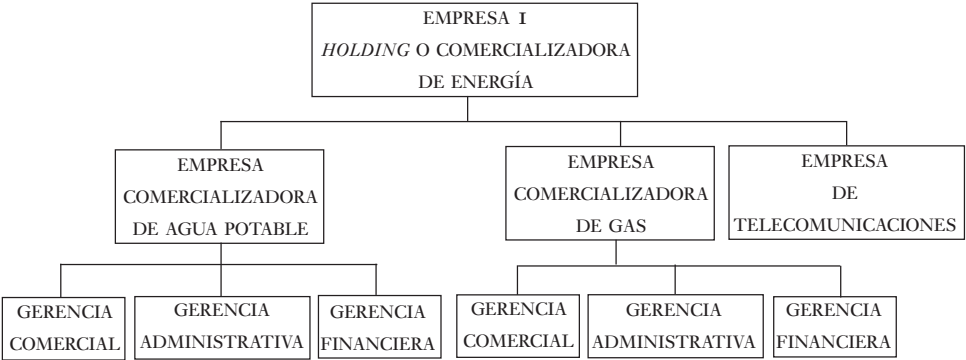


Como se puede contemplar en la gráfica 2, el crecimiento vertical se puede presentar de dos formas:

– O bien dentro de la misma persona jurídica en su giro social se incrementa una nueva unidad del negocio, como el caso de crecimiento vertical 1 en el que se adiciona una unidad de negocios, la comercialización, a la existente generación. Recordemos que esa nueva unidad de generación se podría hacer jurídicamente por medio de mecanismos como la sucursal, establecimiento de comercio o agencia, pero también es primordial anotar que no necesariamente se haría a través de estos instrumentos.

– O bien a través de una pluralidad de personas jurídicas como el crecimiento 2, en el cual existe una empresa que genera energía, pero que crea, constituye o se apodera de otra empresa que comercializa energía con autonomía jurídica y patrimonial. Nótese que en este caso estamos ante una estructura filial de crecimiento vertical.

GRÁFICA 3
CRECIMIENTO CONGLOMERADO



En la gráfica 3 se puede observar un crecimiento conglomerado, en el cual una empresa comercializadora de energía crece participando en otros servicios públicos diferentes a energía eléctrica. Controla empresas cuyos objetos sociales son el servicios de acueducto y alcantarillado, servicio de gas y servicios de telecomunicaciones. La estructura organizacional es de filial en forma conglomerada por su participación en diferentes sectores económicas.

B. LÍMITES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA AL CRECIMIENTO

Los límites de crecimiento de las empresas de servicios públicos impiden, de entrada, la configuración o constitución de los grupos empresariales o situación de control. Estos límites son impuestos por la autoridad de regulación con el fin de lograr preservar el principio constitucional de la libre competencia económica en el mercado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el expediente del 19 febrero de 1998⁶ al afirmar:

Del contenido de las normas antes transcritas deduce la Sala que las regulaciones a que se contrae el acto administrativo acusado encuentran pleno respaldo en ellas. En efecto, promover la competencia entre quienes presten servicios públicos se opone a las prácticas monopolistas, a la vez que ello contribuye a buscar servicios de calidad. Entre mayor competencia haya, mejores la prestación de los servicios pues cada empresa se preocupa de ofrecer mejores condiciones para así captar más demanda [...]

Ahora, el mecanismo de establecer límites a la participación en una empresa generadora, comercializadora o distribuidora de energía que, como ya se dijo, conduce a desarrollar la finalidad prevista en el artículo 73.25 de la Ley 142 de 1994, de evitar la concentración de la propiedad accionaria, indirectamente contribuye a evitar abuso de la posición dominante.

En consonancia con el principio de protección de la libre competencia se han introducido límites: unos, al porcentaje de participación en el mercado, y otros, a la concentración de la propiedad accionaria.

Ahora bien, los límites de crecimiento objeto del derecho de la competencia son los horizontales y verticales⁷, como se verá enseguida. En principio, cualquiera que sea su direccionamiento, hacen que la empresa mantenga su estructura unidivisional y no la dejan pasar hacia una estructura multidi-

6 Consejo de Estado. 12 de febrero de 1998, exp. 4443, C. P.: RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

7 El crecimiento conglomerado no es objeto del derecho de la competencia.

visional. Para ilustrar lo anterior veamos en forma gráfica cómo es la estructura organizacional inicial de una empresa y cómo sería su estructura multidivisional como consecuencia del crecimiento.

GRÁFICA 4
CRECIMIENTO UNIDIVISIONAL

FORMA ORGANIZACIONAL INICIAL DE
UNA EMPRESA DE ENERGÍA Y GAS

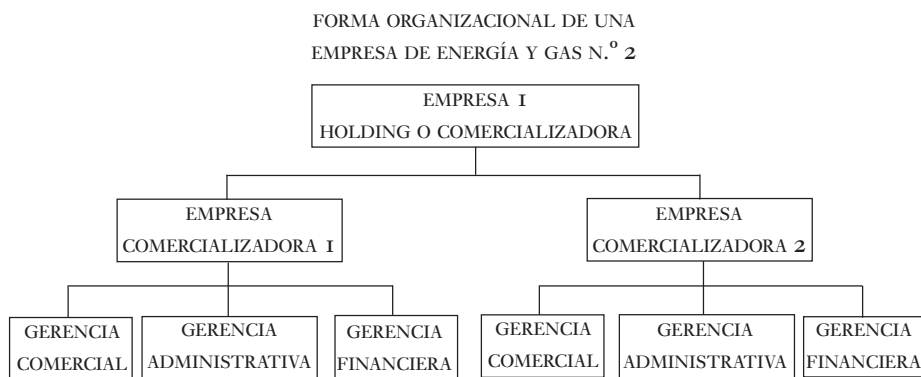


Como se puede ilustrar en la gráfica 4, la estructura inicial es muy simple. Toda empresa así inicia su organización. Tal como se deduce de la gráfica, esta empresa es una empresa de comercialización de energía o gas. Posiblemente esta empresa mantenga por toda su vida este tipo de estructura si se presentan límites para su crecimiento; en caso contrario estaríamos ante la situación presentada en la gráfica 5.

GRÁFICA 5
FORMA MULTIDIVISIONAL

FORMA ORGANIZACIONAL DE UNA
EMPRESA DE ENERGÍA Y GAS N.º 1





La empresa comercializadora de energía o gas que no sea objeto de límites absolutos para su crecimiento puede llegar a tener nuevas formas de organización, como se puede apreciar en los cuadrantes 1 o 2.

En el cuadrante 1, la forma organizacional, derivada después de aplicar una estrategia de crecimiento, es multidivisional dentro de la misma persona jurídica. Se tenía una división de comercialización 1 y se pasa a tener adicionalmente otra división de comercialización 2.

En el cuadrante 2, la forma organizacional derivada es de estructura filial. Se aumentan las divisiones de comercialización, pero, se repite en forma filial. No olvidemos que este tipo de forma organizacional es la que denominamos propiamente grupo empresarial.

1. LÍMITES DE CRECIMIENTO HORIZONTAL

Ante todo, es necesario aclarar el concepto de crecimiento horizontal. En efecto, crecimiento horizontal significa que una empresa crece en su dimensión en una misma actividad económica, así por ejemplo, una empresa generadora crece en forma horizontal cuando constituye o se apodera de otra empresa generadora.

En ese orden de ideas, como se dijo antes, este tipo de crecimiento tiene limitaciones con el propósito que se cumpla en la realidad el principio de la libre competencia para de ese modo evitar las restricciones a la competencia

que pueden llegar a afectar la estructuras del mercado. Efectivamente, éste se puede perjudicar porque esa situación da lugar a que se pase de una estructura de muchas empresas o pocas empresas, o de pocas empresas a una sola empresa de energía o gas.

Dentro del ordenamiento normativo colombiano, las leyes 142 y 143 dejaron sentadas las bases para que se estableciera los límites al crecimiento como respuesta a la defensa del principio de pluralidad empresarial mínima. Para ello, la CREG ha aprobado normas jurídicas en las cuales ha establecido límites de participación en el mercado y de esa manera ha reducido las posibilidades de crecimiento dentro una misma actividad. Ahora, el efecto inmediato de estas medidas se ha orientado en forma principal a la limitación de la concentración accionaria en las actividades del sector eléctrico y de gas.

a. SECTOR ELÉCTRICO

1. De los límites: los límites, establecidos en las resoluciones 128 de 1996 y 04 de 1999 para cada una de las actividades son los siguientes:

– En la generación de energía el límite de crecimiento horizontal está contenido en las resoluciones 128 y 042 de 1996. En estos actos administrativos regulatorios, una empresa generadora no podrá tener, a partir del año 2002, más del 25% de la participación del mercado que se calcula con una fórmula establecida en la Resolución 042 con base en los siguientes criterios: la capacidad efectiva neta de potencia, el beneficiario real y la franja de potencia.

En nuestro ordenamiento jurídico es preciso citar el antecedente de EPM e Isagen, según la cual la Superintendencia de Industria y Comercio conceptuó que EPM no podía adquirir a Isagen, porque aquella empresa sobrepasaba los límites de crecimiento horizontal contemplados en la resoluciones 128 y 042.

– En la transmisión de energía hay que diferenciar las normas aplicables a ISA y las imputables a las demás empresas de transmisión. En efecto, de acuerdo con el artículo 19 de la Resolución 04 de 1999, ISA sólo puede incrementar su participación en la actividad de transmisión cuando sea beneficiaria de procesos de selección de convocatoria pública para construcción u operación de nuevas líneas de transmisión. Esto significa que en las demás situaciones no podría incrementar su participación por adquisición acciona-

ría o de activos, así como tampoco, la que tuviere en empresas de transmisión nacional existente o futuras⁸.

Ahora bien, a las empresas de transmisión nacional diferentes a ISA no se les asigna una norma especial que limite su crecimiento horizontal. Quizás este vacío sea justificado porque estas empresas entrarían al mercado con una participación bastante pequeña, lo que justifica la posición del regulador al no tomar hasta el momento la decisión de fijar un límite máximo de crecimiento horizontal para dichas empresas.

– En la distribución, la Resolución 128 establece un límite de crecimiento horizontal: un distribuidor no podrá tener más del 25% de participación en el mercado de distribución, a partir del 2002.

– En la comercialización, Ningún comercializador, a partir del 2002, podrá tener más del 25% del mercado en la actividad de comercialización, según lo dispuesto en la Resolución 128.

2. Comentarios: los límites descritos recaen en la imposibilidad de constituir filiales o de apoderarse en forma mayoritaria o minoritaria del capital de las empresas ya existente en el mercado. Por otra parte, estos límites operaran a partir del 2002. Esto denota que las empresas generadoras, distribuidoras y comercializadoras deben prepararse para no sobrepasar los límites establecidos por la CREG, caso contrario, estarían sujetas a investigaciones administrativas por violación a las normas de competencia.

b. SECTOR DE GAS

1. De los límites: los límites, establecidos en la Resolución 071 de 1998 para cada una de las actividades, son los siguientes:

8 El literal b del artículo 10.º de la Resolución 04 de 1999 dice: “En ningún caso podrá adquirir participación societaria o accionaria, ni incrementar la que tuviere en empresas de transmisión nacional existentes o futuras”. Cuando la norma dice existentes es claro que ISA S. A. ESP pudo tener participaciones en empresas de transmisión existentes al momento de entrar en vigencia la presente resolución. Pero la redacción de la norma es confusa, porque por un lado impide adquirir participación de capital de otras empresas y, por otro lado, cuando dice “futuras” realmente la está facultando para ello.

– En la producción, no hay límite de esta clase. Lo anterior se justifica, en primer lugar, porque la producción de gas se rige por el Código Petrolero, que no establece estos límites provenientes del principio constitucional de la libre competencia. En segundo lugar, porque la producción de gas es un monopolio nacional cuya explotación la hace Ecopetrol, así sea en asocio con empresas privadas.

– En el transporte de gas, no hay límites horizontales en esta clase de actividad.

– En la distribución de gas la Resolución 071 de 1998 establece que a partir del 2015 ningún distribuidor podrá tener más del 30% del número de usuarios del mercado de distribución.

– En la comercialización, la Resolución 071 establece que ningún comercializador podrá tener más del 25% del mercado de usuarios finales.

2. Comentarios: los límites descritos recaen en la imposibilidad de constituir filiales o de apoderarse en forma mayoritaria o minoritaria del capital de las empresas ya existentes en el mercado. Lo novedoso de la Resolución 071 es haber colocado fecha de inicio a partir del 2015 al límite horizontal en la actividad de distribución. En cambio, en la actividad de comercialización no distingue a partir de cuándo opera al límite, por lo que se infiere que es partir de la entrada en vigencia de la resolución citada.

Tal como se dijo, la actividad de producción y transporte no tienen límites de crecimiento horizontal.

2. LÍMITES DE CRECIMIENTO VERTICAL

El crecimiento vertical significa que una empresa crece su dimensión al participar en diferentes actividades de la cadena productiva, así por ejemplo, una empresa generadora crece en forma vertical cuando constituye o se apodera de una empresa comercializadora o viceversa.

Así que, la pregunta que salta a la vista es: ¿porqué existen límites al crecimiento vertical en los servicios públicos? Para la respuesta es importante aclarar que el crecimiento vertical que produce la integración vertical es preferible cuando hay economías de escala. No obstante, en los servicios públicos se han comprobado las ventajas de los límites de crecimiento verti-

cal a través de la separación jurídica, societaria y contable de las actividades, ya que existen muchas razones que pueden fundamentar esto; entre otras podemos mencionar:

- Se evita la constitución y funcionamiento de empresas con posición dominante.

- Se aumenta el número de agentes en el mercado y se reduce las rentas de monopolio.

- Se elimina el incentivo que tienen algunas empresas integradas a imponer barreras de acceso a la red.

- Se reduce los costos de obtención de información, ya que es más costoso obtener información en empresas integradas.

Aun cuando se puede observar en el espíritu de las leyes 142 y 143 la separación de actividades, una disposición de la Ley 143 permitió la integración vertical de la generación con la comercialización y la distribución con la comercialización. Pero, con base en estas mismas disposiciones legales, la CREG, ha establecido límites de crecimiento vertical que afectan la constitución o configuración de grupos empresariales verticales, al desarrollar el principio de separación de actividades.

a. SECTOR ELÉCTRICO

1. De los límites: los límites verticales, establecidos en el artículo 32 de la Ley 142 y las resoluciones 128 de 1996 y 04 de 1999 para cada una de las actividades, son los siguientes:

- En la generación, la Resolución 128 estableció que a partir del año 2001 las empresas generadoras no podrán tener más del 25% del capital de una empresa distribuidora. Aunque este porcentaje es significativo, de todas formas una empresa generadora con el 25% de capital de una distribuidora podría matemáticamente llegar a emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o asamblea, o tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; así entonces, aquel límite de crecimiento puede ser inocuo en la medida en que se pueda presentar este presupuesto de subordinación consagrado en el numeral 2 del artículo 261 del C. de Co.

Otro límite de crecimiento vertical está contenido en la Resolución 04 de 1999 en la cual una empresa generadora no podrá tener acciones que representen más del 15% del capital de una empresa de transmisión nacional. Aquí también es aplicable lo dicho antes.

– Transporte de energía: de acuerdo con el parágrafo 3 del artículo 32 de la Ley 143 la empresa encargada del servicio de interconexión nacional, esto es, ISA no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad. Esta prohibición incluye no desarrollar simultáneamente dentro de su objeto social estas actividades y no participar en el capital de las empresas que desarrollan esas actividades. Lo anterior no se aplica para aquellas empresas integradas que venían con anterioridad al año de 1994 según lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley 143.

A las demás empresas de transmisión diferentes a ISA se les aplica la prohibición vertical del artículo 3.º de la Resolución 01 de 1994, en la cual las empresas que se constituyan a partir de la vigencia de la Ley 143 no podrán realizar simultáneamente actividades de generación, transmisión y distribución. La norma de la Resolución 01 es explícita en prohibir el desarrollo del objeto social múltiple en una misma unidad jurídica, es decir, realizar simultáneamente actividades de generación, transmisión y distribución. Pero en relación con la participación de capital en otras empresas no es explícita la norma. De ahí entonces, es necesario analizar las dos interpretaciones que cabrían: la primera, que las empresas de transmisión nacional que se crean con posterioridad a la Ley 142 no pueden tener participaciones de capital en otras empresas de generación, comercialización y distribución, y la segunda, que las empresas pueden tener participación de capital en empresas que desarrollen esas actividades por cuanto no existe una prohibición expresa desde el punto de vista normativo.

– La distribución de energía: según la Resolución 128, a partir 2002 las empresas de distribución de energía no podrán tener más del 25% de capital de una empresa generadora de energía. Por otra parte, de conformidad con la Resolución 04 de 1999, las empresas distribuidoras no podrán tener participación de capital que represente más del 15% de capital de una empresa de transmisión. Estas prohibiciones, como se ha venido afirmando, son inocuas en la medida que las empresas distribuidoras con esos porcentajes pueden

llegar perfectamente a tener una mayoría mínima decisoria de una empresa generadora o distribuidora lo que podría en condición de subordinadas a estas, y en condición de matriz a aquellas.

– En la comercialización, la Resolución 04 de 1999 establece que ningún comercializador podrá tener acciones que representen más del 15% del capital de una empresa de transmisión nacional. Con este porcentaje es posible que una empresa comercializadora pueda llegar a tener una mayoría mínima decisoria, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Nótese que esta actividad no tienen límites verticales con la generación ni con la distribución, porque está permitida por ley la integración vertical de dichas actividades, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 143.

2. Comentarios: consideramos que, cualquiera que sea el porcentaje, el 15 o el 25%, de capital que se detenta de otra empresa de energía, se pueden presentar los supuestos de hecho previstos en el numeral 2 del artículo 261 del C. de Co., según el cual con esos porcentajes se podría llegar a tener una mayoría mínima decisoria en la asamblea general o junta de socios. Así mismo, una mayoría que imponga la mayor parte de los miembros de la junta directiva. Por supuesto, para constatar esta situación es necesario convalidar estos hechos aplicando la metodología del umbral de control que nos ayuda a determinar el control, así sea con una participación minoritaria en una empresa, según su estructura accionaria.

En ese orden de ideas, a través de la metodología del umbral de control podemos deducir si con estos límites del 15 o 25% se impide o no el crecimiento vertical de una empresa de energía.

b. SECTOR DE GAS

1. De los límites: los límites verticales, establecidos en la Resolución 057 de 1996 para cada una de las actividades, son los siguientes:

– En la producción de gas, la Resolución 057 de 1996 establece que los productores de gas natural no podrán desarrollar directamente la actividad de generación eléctrica a gas natural. Sin embargo, podrán tener participación hasta de un 25% del capital social de una empresa generadora. Aquí se limita a los productores como proveedores de un bien para desarrollar la actividad de generación de energía.

Por otra parte, la misma resolución establece que una empresa productora no podrá tener interés económico en una empresa distribuidora; no obstante, podrá poseer cuota de capital en una empresa distribuidora de gas hasta un 20% de capital. Esto es perverso porque un productor con un 20% puede llegar a tener un mayoría mínima decisoria en los términos del numeral 2 del artículo 27 de la Ley 222 de 1995.

Un ejemplo a la excepción de los anteriores límites lo constituye el artículo 10.º de la Ley 401 de 1997. Dicha ley configuró un grupo empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 entre Ecopetrol empresa productora, y ECOGAS, empresa transportadora. Por eso, no se ve una norma especial que imponga límites a los productores para participar en la actividad de transporte de gas.

– En el transporte de gas, según la Resolución 057, los transportadores de gas natural no podrán desarrollar directamente la actividad de generación eléctrica a gas natural. Sin embargo, podrán tener participación hasta en un 25% de capital social de la generadora. De otra parte, los transportadores no podrán desarrollar actividades de producción, comercialización y distribución de gas. Como se puede observar, estas prohibiciones son de dos tipos: prohibición de desarrollar dentro del objeto social esas actividades dentro de la misma unidad jurídica, y prohibición de participar en el capital de otras empresas que desarrollan aquellas actividades.

– En la distribución de gas, según la Resolución 057, las empresas distribuidoras no podrán ser transportadoras ni tener interés económico en una empresa de transporte.

– En la comercialización de gas, la Resolución 057 establece que los comercializadores de gas natural no podrán desarrollar directamente la actividad de generación eléctrica a gas natural. Sin embargo, podrán tener participación hasta de un 25% del capital social de una empresa generadora. De otra parte, las empresas comercializadoras de gas no podrán ser transportadoras ni tener interés económico en una empresa de transporte.

2. Comentarios: cabe agregar, aquí también, que el porcentaje del 25% y el concepto de interés económico no son lo suficientemente fuertes para claudicar en la aplicación de las presuntas causas de subordinación consagradas en el artículo 27 de la Ley 222. Sustentamos lo expresado en que con el por-

centaje del 25% y cualquiera de las situaciones de interés económico se puede llegar a presentar vínculo de subordinación entre las empresas de gas involucradas en esos hechos.

3. LOS LÍMITES Y EL CRECIMIENTO INTERNACIONAL

En este punto involucramos las empresas extranjeras con inversión en Colombia y las empresas colombianas con inversión en el exterior. En efecto, la pregunta que salta a la vista es si las normas de limitación de crecimiento de las empresas sólo se aplican a las empresas domiciliadas en el país o también a las empresas extranjeras con inversión en Colombia.

Considero que con un ejemplo se puede desarrollar la presente situación: una empresa colombiana que detenta un 20% en el mercado de generación adquiere la empresa 1, con una participación del mercado del 20%, y una empresa 2 cuya participación en el mercado es del 10% de la generación. Entonces, como se puede deducir, esta empresa estaría limitada en el territorio colombiano a adquirir las empresas 1 y 2 porque sobrepasa el límites de crecimiento horizontal establecido en el artículo 3.º de la Resolución 128 de 1996.

Ahora bien, al mismo tiempo, una empresa extranjera adquiere en forma mayoritaria una empresa generadora nacional cuya participación en el mercado es del 20%, y luego decide adquirir más empresas en forma mayoritaria directamente o en conjunto con sus subordinadas del exterior o domiciliadas en Colombia como consecuencia de una estrategia de crecimiento externo, de la siguiente forma: adquiere capital accionario mayoritario de una empresa generadora 1 cuya participación en el mercado es del 20%, y posteriormente adquiere la empresa 2 cuya participación en el mercado es de un 10%. Como se puede observar, nos encontramos con una empresa extranjera que tiene en su poder más del 50% del mercado de generación en Colombia. Entonces, la pregunta que salta a la vista ¿cómo se pueden aplicar las normas jurídicas nacionales de limitación al crecimiento horizontal a esta empresa extranjera? La respuesta puede enmarcarse en dos direcciones.

La primera, que defiende la tesis de la imposibilidad de aplicar las normas nacionales a esas empresas extranjeras, porque, bajo los principios del derecho internacional privado la Ley 33 de 1992, por medio de la cual se

aprobó el Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889, la ley de la sociedad es la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial. En ese orden de ideas, como el domicilio de la empresa extranjera comentada se encuentra en la ciudad de Chicago (Estados Unidos), las leyes aplicables a esa sociedad son las leyes estadounidenses y no las colombianas.

La segunda, defiende la aplicabilidad de las normas colombianas a las empresa extranjeras. Esta posición es la que sigue la Superintendencia de Sociedades para efecto de la inscripción de grupo empresarial cuya matriz es una empresa extranjera⁹. Pues bien, con base en esa doctrina oficial, a las empresas extranjeras sí se les aplican las normas nacionales cuando ellas tienen inversiones en Colombia y son parte de un contrato que se ejecuta en territorio colombiano. Por tanto, las normas jurídicas que establecen límites al crecimiento horizontal de las empresas generadoras les serían aplicables a las empresas extranjeras por las razones expuestas.

En ese mismo sentido, en el derecho comparado, permítasenos citar el derecho peruano en relación con las normas antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico. En efecto, en ese país la Ley 26876 del 19 de noviembre de 1997 estableció un artículo que precisa la aplicación de los límites de crecimiento horizontal y vertical a los accionistas extranjeros de empresas domiciliadas en el país peruano, artículo en el cual someten las operaciones de

9 Superintendencia de Sociedades. Circular externa n.º 030 del 26 de noviembre de 1997. De esta circular es pertinente citar los fundamentos de la tesis de la aplicabilidad de la ley colombiana a las sociedades extranjeras con inversiones en Colombia y como partes de un contrato que se ejecute en el territorio colombiano. En efecto, esa doctrina oficial se fundamenta en la aplicación de la ley en el espacio (estatuto real) consagrado en el artículo 20 del Código Civil, según el cual “los bienes situados en los territorios [...] están sujetos a las disposiciones de este Código aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia”. Ahora bien, en cuanto al derecho internacional privado (estatuto real) contenido en el Tratado de Montevideo y adoptado en la Ley 33 de 1992 se afirma: “De las normas referidas se puede establecer que la participación en contratos de sociedad que se ejecutan y realizan en Colombia, implica el sometimiento de las partes a las previsiones legales que regulan los efectos de los mismos a la luz del derecho privado del país correspondiente y el sometimiento al derecho del territorio”.

accionistas extranjeros de las empresas nacionales a las normas y procedimiento del derecho de la competencia peruana.

II. CONFIGURACIÓN DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES DE ENERGÍA Y GAS

La implementación de estrategias de crecimiento interno y externo en forma vertical u horizontal produce estructuras organizacionales de gran tamaño, ya sea en una misma unidad jurídica, esto es, varias actividades en una unidad jurídica, o bien en redes o cadenas de empresas bajo relaciones de subordinación o de cooperación. En el derecho colombiano, para efecto de la configuración de grupo empresarial, sólo es importante tener en cuenta las redes o cadenas de empresas bajo relaciones de subordinación, es decir, que estén bajo una estructura de filiales. En sí, para el Código de Comercio, las instituciones jurídicas representativas de las relaciones de subordinación empresarial son la situación de control y el grupo empresarial.

En efecto, para que se dé la existencia de situación de control se requiere que se presente un solo presupuesto legal de existencia, cual es la presunción de subordinación contenida en el artículo 27 de la Ley 222, y para que se configure el grupo empresarial es necesario que se den dos presupuestos legales de existencia: la presunción de subordinación y la unidad de propósito y dirección, según lo previsto en el artículo 28 de esa ley.

En fin, cualquiera que sea la situación de subordinación que se presente por estrategias de crecimiento de las empresas en su propia actividad o en otras actividades, y cualesquiera que sean los límites de crecimiento, las empresas pueden caer en algunas de las presunciones de subordinación mencionadas, ya sea por capital, por mayoría mínima decisoria o por subordinación contractual.

En Colombia, como consecuencia de la configuración de los presupuestos de existencia de grupo empresarial en los servicios públicos de energía eléctrica y gas, encontramos la siguiente estadística, según las fuentes de información consultadas de la Superintendencia de Sociedades:

– Hay 15 grupos o situaciones de control en total de los sectores de energía eléctrica y gas.

Hay 9 grupos o situaciones de control del sector de energía eléctrica, integrados por 30 empresas que hacen parte de esas instituciones jurídicas de subordinación.

- Existen 5 grupos o situaciones de control del sector de gas, integrados por 34 empresas que hacen parte de esas instituciones jurídicas de subordinación.

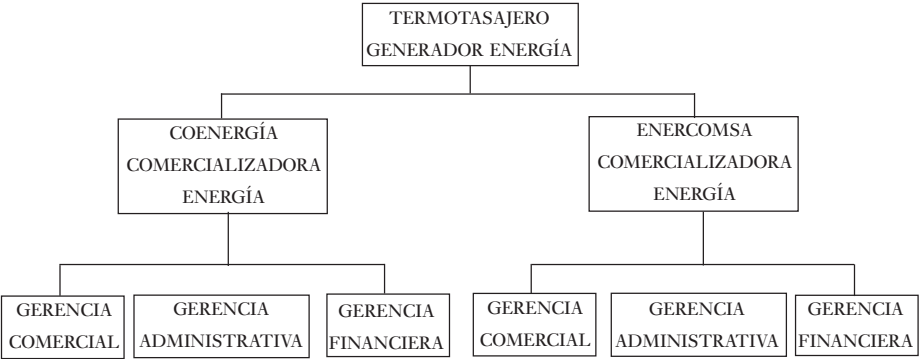
- De los 15 grupos o situaciones de control, hay 2 grupos cuya matriz son empresas extranjeras. Tal es el caso de Endesa España S. A. y Steag Aktiengesellschaft.

De los 15 grupos o situaciones de control, hay 3 cuya matriz son sociedades cuyo objeto social es de inversiones, esto es, son sociedades *holding* que no desarrollan actividades de la cadena de los servicios públicos de energía eléctrica y gas. Ejemplo de ello: Inversiones de Gases de Colombia S. A. (Inversolsa S. A.), Inversora Bolivariana de Gas S. A. y Júpiter International Global Corp.

- Existen grupos empresariales verticales, horizontales, mixtos, y conglomerados, así: grupo empresarial vertical: matriz (Termotasajero), que desarrolla la actividad de generación de energía, y subordinadas (Conenergía y Enercomsa), que desarrollan la actividad de comercialización de energía. Grupo empresarial horizontal: matriz (Gas Natural), que desarrolla la actividad de distribución y comercialización de gas, y subordinadas (Gas Natural Cundiboyacense, Gas Natural del Oriente, Gases de Barrancabermeja, Gases del Norte del Valle y Gasnacol), que desarrollan las actividades de distribución y comercialización. Grupo empresarial mixto: el ejemplo es Engesa, la matriz (Engesa España S. A.) y las subordinadas (Capital Energía, Codensa, Enersis de Energía de Colombia, Luz de Bogotá, Central Hidroeléctrica y Engesa de Colombia), cada una de ellas desarrolla actividades diferentes dentro del sector eléctrico. Finalmente, grupo empresarial conglomerado: matriz (Empresas Publicas de Medellín), que desarrolla diferentes actividades en el sector eléctrico, y subordinadas (EPM Bogotá y Empresa Antioqueña de Energía), en donde la primera desarrolla la actividad de telecomunicaciones y la segunda de distribución y comercialización de energía.

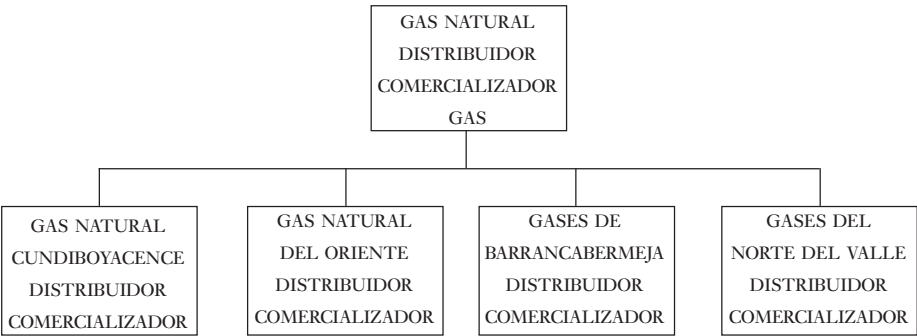
Miremos en forma gráfica los resultados de la configuración de grupos empresariales de energía y gas en la realidad colombiana. Y recordemos que la forma organizacional de los grupos empresariales de acuerdo con la normatividad es de estructura filial.

GRÁFICA 6
GRUPO EMPRESARIAL VERTICAL



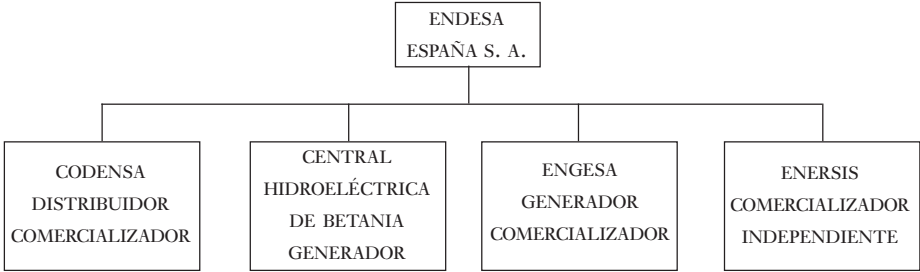
Este grupo ha dirigido sus estrategias de crecimiento de una empresa de generación hacia una empresa de comercialización de energía, por ello se dice que es vertical.

GRÁFICA 7
GRUPO EMPRESARIAL HORIZONTAL



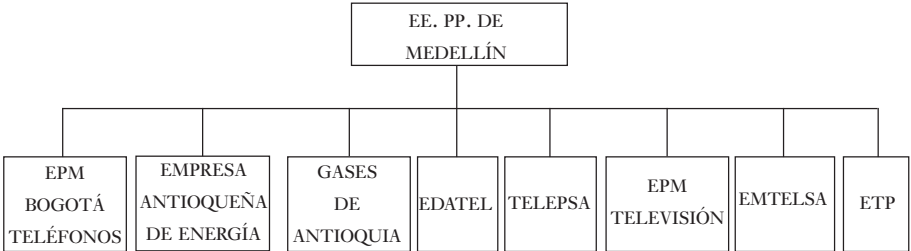
Este grupo ha implementado sus estrategias de crecimiento en empresas de servicios p[úblicos de gas, por eso se dice que es horizontal.

GRÁFICA 8
GRUPO EMPRESARIAL MIXTO



Este grupo es mixto porque combina crecimiento vertical con crecimiento horizontal en el mismo sector de energía eléctrica.

GRÁFICA 9
GRUPO EMPRESARIAL CONGLOMERADO



Este grupo, como se puede apreciar, participa en diferentes sectores económicos calificados en su mayoría como servicios públicos.

III. CONSECUENCIAS DE LA CONFIGURACIÓN DE GRUPOS EMPRESARIALES

Una vez se presenten los presupuestos legales establecidos en los artículos 25, 27 y 28 de la Ley 222, se configura la situación de control o grupo empresarial, en el cual se originan consecuencias, entre otras las siguientes: el concepto de unidad de empresa, las operaciones de los integrantes del grupo y el beneficiario real de las operaciones.

No sobra agregar que las instituciones representativas de las relaciones de subordinación entre empresas, antes descritas, pueden llegar a tener la siguiente estructura: horizontal, vertical, o conglomerada. Pero en sí, la estructura conglomerada no es sujeto del derecho de la competencia. Lo que es asunto del derecho de la competencia son los acuerdos, actos y operaciones de miembros horizontales o verticales de los grupos empresariales en su interior o con terceros que lleguen a afectar la libre competencia económica en el mercado en donde actúan según las actividades que desarrollan. De ahí, se deriva el que sea importante estudiar el concepto de unidad de empresa y cuáles son las operaciones que verdaderamente pueden realizar los grupos empresariales.

A. UNIDAD DE EMPRESA Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Tanto en el derecho comparado como en el derecho colombiano, la aplicación del derecho de la competencia en los grupos empresariales constituidos depende de si se acepta el concepto de unidad de empresa o no.

I. DERECHO COMPARADO

En el derecho de la comunidad europea, la Comisión excepcionó la aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado de Roma en el caso *Christiani & Nielsen*. En este asunto la Comisión expresó que entre una matriz y una subordinada integrantes de un mismo grupo había unidad de empresa, por lo tanto, los acuerdos o prácticas concertadas entre miembros del mismo grupo se entienden como repartición de tareas al interior del grupo, porque las empresas integrantes de un grupo empresarial, en la realidad, no podrían considerarse como competencia pues hacen parte de una misma unidad económica.

Sin embargo, en otro caso, *Centrafarm & Sterling*, se aceptó la posibilidad de aplicar las normas comunitarias de competencia a los grupos cuando los acuerdos o prácticas concertadas tienen por objeto o efecto la restricción de la libre competencia de terceros.

Según lo expuesto, se puede inferir que cuando en el derecho de la competencia se acepte la declaración de unidad de empresa, los acuerdos, actos y

operaciones de concentración se entienden como relaciones internas entre las empresas integrantes del grupo. Pero, cuando estas mismas conductas son realizadas por el grupo empresarial con terceros se entienden restrictivas de la competencia, por tanto, se superpone el derecho de la competencia.

2. EN EL DERECHO COLOMBIANO

a. REGLA GENERAL

La regla general en el derecho societario, en el derecho de la competencia y en derecho tributario es el no reconocimiento de la declaratoria de unidad de empresa. Por ejemplo, en el derecho societario los argumentos se basan en la interpretación que se hace del inciso 2.º del artículo 98 según el cual “la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Desde luego, con esa exégesis una matriz y una filial no constituirían una sola empresa.

Ahora bien, el derecho de la competencia introduce el concepto de empresa sin entrar a definirlo. Asimismo, el derecho tributario menciona el concepto de empresa sin hacer ninguna definición.

b. REGLA ESPECIAL

En el derecho de los servicios públicos domiciliarios, particularmente en el artículo 2.º de la Resolución 128 de 1996¹⁰, la CREG incluyó dentro de la definición de empresa a las empresas subordinadas a una matriz, de lo cual se deduce una declaratoria de unidad de empresa en materia del servicio público eléctrico. Así

10 “Salvo que esta resolución disponga otra cosa, el concepto empresa comprende a la persona natural o jurídica que presta las actividades enunciadas en el inciso anterior y a las personas naturales o jurídicas vinculadas o subordinadas económicamente a ella, según lo dispuesto por el artículo 7.º de esta resolución y la legislación comercial y tributaria. Cuando el prestador de esa actividad sea una entidad pública, la condición de vinculación o subordinación económica se determinará frente a la Nación, al departamento, al distrito, o al municipio, según el orden territorial al cual pertenezca, y a las entidades descentralizadas del respectivo orden territorial”.

mismo, el artículo 2.º de la Resolución 071 de 1998¹¹, con mayor precisión, incluyó dentro del concepto de empresa a los integrantes de un grupo empresarial en el servicio de gas. Pero excluye la aplicación de ese concepto al grupo que se conforma entre Ecopetrol y Ecogas, por cuanto la Ley 401 de 1997 así lo determinó expresamente.

De acuerdo con lo expuesto, para efecto de los grupos empresariales del servicio eléctrico y gas, se acepta la declaratoria de unidad de empresa en el derecho de los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior significa que los acuerdos, prácticas y transformaciones serían actos internos de la empresa, esto es, distribución interna de tareas o modificaciones internas del grupo no violatorias de las normas de competencia económica, por cuanto sus integrantes no serían considerados empresas independientes sino concebidos como si fueran una sola empresa o unidad empresarial. No obstante, cabe la posibilidad de aplicar las normas de competencia a un grupo empresarial cuando se celebren acuerdos, se realicen actos o se hagan operaciones de concentración con terceros, esto es, con otras empresas diferentes a las integrantes del grupo empresarial.

Ahora bien, si se interpretaran en forma diferente las normas de la CREG, estaríamos ante la imposibilidad de declarar la unidad de empresa. Esto traería como consecuencia que cualquier acuerdo entre empresas y operación de fusión, escisión y adquisición al interior del grupo empresarial del servicio de energía y gas caería dentro del conocimiento de las posibles transgresiones a las normas, si con ello se infringe el derecho de la competencia, por cuanto se concebiría a sus integrantes como empresas independientes cada una de las otras. En consecuencia, el derecho de la competencia sería aplicable no sólo a las relaciones internas sino también a los relaciones externas del grupo.

11 Art. 2.º Res. 071 de 1998: “Empresa [...] [E]l concepto de empresa comprende la persona que presta las actividades enunciadas en el inciso anterior y a las personas naturales o jurídicas vinculadas o subordinadas económicamente a ella o con quienes conformen un grupo empresarial, de acuerdo con lo que se establece en la legislación comercial y tributaria, sin tener en cuenta el grupo empresarial a que se refiere el artículo 10.º de la Ley 401 de 1997”.

C. OPERACIONES DE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO Y EL BENEFICIARIO REAL

Los grupos empresariales del servicio de energía y gas, cualquiera que sea la interpretación adoptada entre la declaratoria o no de unidad de empresa, debe realizar sus actos y operaciones en forma transparente y real correspondiendo a las condiciones normales del mercado. Sobre todo, las operaciones no deben ser fingidas, ni hacer aparecer lo que no es, o dar la apariencia o el aspecto de algo distinto, ya que se puede estar incurriendo en fraude a la ley.

Ahora bien, estas operaciones pueden llegar a tener un beneficiario real que de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 142 es necesario distinguir entre las empresas formalmente involucradas y el beneficiario real.

CONCLUSIONES

Podemos llegar a varias conclusiones, pero nos parece que las principales son las siguientes:

- No hay un gran número de grupos empresariales o situación de control por los resultados o efectos en el mercado que pueden tener los límites horizontales y verticales impuestos por la CREG.

- Los grupos empresariales o situación de control inscritos en las cámaras de comercio tienen sus propias estructuras organizacionales: vertical, horizontal, mixto o conglomerada.

- Nótese la ausencia de grupos empresariales o situación de control inscritos cuya matriz sea una entidad pública, cuando en la realidad se evidencia este tipo de organización en los sectores energía eléctrica y gas. En otras palabras, quienes más incumplen las normas de grupo empresarial son las entidades públicas.

- Además, podemos concluir que cuando el derecho de la competencia colombiano acepta la unidad de empresa en los grupos empresariales o situación de control, los acuerdos, actos y operaciones de concentración a su interior se entienden como relaciones internas entre las empresas integrantes del grupo. Pero cuando estas mismas conductas son realizadas por el grupo empresarial con terceros pueden llegar a ser restrictivas de la competencia, lo que tendría como efecto la violación de las normas del derecho de la competencia.