

Bogotá, D.C.
1007

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 23-479031- -2-0 **FECHA:** 2023-11-09 18:52:21
DEP: 1007 G.TR.ABOGA DECOMPE.A **EVE:** 0 SINEVENTO
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA **FOLIOS:**18
ACT: 440 RESPUESTA

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

jcbedoya@minenergia.gov.co
contactomme@minenergia.gov.co
menegia@minenergia.gov.co
jesalgado@minenergia.gov.co
ijamaya@minenergia.gov.co

Asunto: Radicación: 23-479031- -2-0
Trámite: 396
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 18

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 Ley 1340 de 2009) frente al proyecto: “Por medio de la cual se modifica la Resolución 40284 de 2022, que define el proceso competitivo para el otorgamiento de permisos de Ocupación Temporal sobre áreas marítimas, con destino al desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera, y se dictan otras disposiciones” (en adelante, el **proyecto**).

Respetado Doctor:

En respuesta a la comunicación enviada el 25 de octubre de 2023 por el Ministerio de Minas y Energía (en adelante, **MME**), la Superintendencia de Industria y Comercio rinde concepto de abogacía de la competencia sobre el **proyecto** en los siguientes términos: primero, se expondrán los antecedentes normativos de la iniciativa regulatoria; segundo, se referirán las razones presentadas por el regulador para la expedición del **proyecto**; tercero, se hará una descripción de las reglas del **proyecto** que son relevantes para el presente análisis; cuarto, se presentará el respectivo análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica y; por último, se formularán algunas recomendaciones.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

1.1. Resolución MME 40284 de 2022

Esta Resolución estableció las reglas, requisitos y condiciones mínimas del proceso competitivo correspondiente a las rondas de otorgamiento del Permiso de Ocupación Temporal (en adelante, **POT**) sobre áreas marítimas colombianas para el desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera.

1.2. Concepto de abogacía de la competencia identificado con el radicado No. 22-216989

Esta Superintendencia realizó el análisis del proyecto regulatorio que derivó en la Resolución MME No. 40284 de 2022 y se pronunció sobre algunos aspectos que se sintetizan a continuación.

En primer lugar, esta Superintendencia hizo énfasis en la importancia de que el regulador introdujera una regla que prohiba la participación de un mismo agente en más de una oferta presentada al proceso competitivo. Lo anterior porque la ausencia de dicha regla podría: (i) crear una condición discriminatoria que le otorgara una ventaja competitiva a los agentes que se presenten tanto de manera unilateral como a través de una figura asociativa, simultáneamente, en el marco del mismo proceso competitivo; e (ii) incrementar la concentración de áreas destinadas al desarrollo de proyectos de generación de energía eólica en un número menor de agentes.

En segundo lugar, se refirió a la importancia de garantizar la independencia del administrador del proceso competitivo y que, así mismo, se evaluarán las prerrogativas que el proyecto le otorgaba a este agente. Esto, en procura de eliminar aquellas prerrogativas que pusieran en riesgo la garantía de transparencia, competencia y libre acceso dentro del proceso competitivo. De manera similar, la Superintendencia recomendó que se estableciera un mecanismo que garantizara la independencia del auditor frente al tercero administrador del proceso competitivo.

En tercer lugar, esta Superintendencia se refirió a los requisitos de habilitación definidos y recomendó evaluarlos detalladamente teniendo en cuenta las condiciones del mercado y los efectos que su exigencia podía representar para la entrada de agentes al mercado de generación de energía eólica costa afuera en Colombia. Así mismo, recomendó sustentar la inclusión de cada uno de los requisitos de habilitación técnica y financiera con miras a que no se constituyeran en posibles barreras de entrada o limitaciones de acceso al mercado.

Por último, esta Autoridad se pronunció en relación con las garantías o pólizas de seguro que deberían suscribir los proponentes y/o adjudicatarios en el marco de su participación en el proceso competitivo, señalando que la regla introducida

tenía el potencial de: (i) generar condiciones de participación asimétricas para los agentes interesados en participar en el proceso competitivo; y (ii) desincentivar la participación de agentes de mercado. Por lo tanto, recomendó fijar el monto o la regla para la determinación de la cuantía de las garantías exigidas en concordancia con la naturaleza del objeto a ejecutar, el valor potencial de los recursos a administrar, y las obligaciones contenidas en el **POT** y la concesión marítima.

Con respecto a las recomendaciones previamente descritas, el regulador acogió la mayoría, excepto las relacionadas con la figura del Administrador. La decisión de apartarse de la recomendación fue explicada en la parte considerativa del acto administrativo.

2. RAZONES PRESENTADAS POR EL REGULADOR PARA LA EXPEDICIÓN DEL PROYECTO

La Dirección General Marítima y Portuaria (en adelante, **DIMAR**) y el **MME** han evidenciado la pertinencia de ajustar algunas de las disposiciones contenidas en la Resolución MME 40284 de 2022. El propósito es generar mayor flexibilidad en la ejecución del proceso y armonización con la regulación vigente en materia de proyectos de generación clase 1 conectados al Sistema Interconectado Nacional (en adelante, **SIN**). Lo anterior, con el propósito de que el país cuente con la disponibilidad de esta energía renovable en un menor tiempo y que, de esta manera, se diversifique la matriz para asegurar la seguridad energética nacional.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El **proyecto** presenta varias modificaciones a las figuras contractuales para el otorgamiento de los **POT**. En primer lugar, incorpora la figura jurídica del consorcio con responsabilidad solidaria, cuyo objetivo es darle seguridad tangible al acreedor al vincular los patrimonios de los deudores con el cumplimiento de la obligación. En segundo lugar, la posibilidad de cesión del permiso es sustituida por la modificación del titular del beneficiario, considerando que el **POT** no puede ser objeto de cesión a cualquier tercero porque su otorgamiento se da en virtud de las calidades de quien se presentó al proceso competitivo. Por último, el **proyecto** elimina la posibilidad de que el beneficiario del permiso sea una unión temporal, ya que, de acuerdo con lo descrito en el estudio técnico económico¹, esta figura no ofrece garantías suficientes frente a un incumplimiento debido a que no comprende la responsabilidad solidaria.

Por otro lado, el **proyecto** incorpora la obligación de ejercer un consorcio con una empresa con participación accionaria de la Nación del sector energético. Esta regla se sustenta en la importancia de la transferencia de conocimientos,

¹ **MME**. Estudio técnico económico. Página 8.

adopción de tecnologías, el desarrollo de una cadena de suministro local y la disminución del riesgo en fases de desarrollo para un inversionista extranjero.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

Esta Superintendencia se pronunciará sobre algunos aspectos del **proyecto** que resultan relevantes desde la perspectiva de la libre competencia económica. En primer lugar, se referirá a la obligación de asociarse con una empresa del sector energético con participación accionaria de la Nación. En segundo lugar, se pronunciará sobre la regla relacionada con la experiencia requerida para la habilitación técnica de los proponentes. En tercer lugar, analizará la regla relacionada con la exclusión de las uniones temporales para la satisfacción de la habilitación jurídica de los proponentes.

4.1. Obligación de asociarse con una entidad con participación accionaria de la Nación

a. Regla propuesta

El **proyecto** modifica el artículo 18 de la Resolución MME 40284 de 2022 con el fin de determinar que, una vez surtido el proceso de asignación de áreas marítimas para otorgar el **POT**, la empresa adjudicada deberá mostrar la constitución de un consorcio o la promesa de sociedad futura con una empresa con participación accionaria de la Nación del sector energético. Adicionalmente, establece que los criterios y condiciones de la integración con estas empresas serán establecidos, previa verificación del **MME**, en los pliegos y bases de condiciones específicas.

Sobre esta regla, la Superintendencia observó que la Agencia Nacional de Hidrocarburos (en adelante, **ANH**) incluyó dentro del actual *“Borrador de Pliegos y Bases de Condiciones Específicas del Proceso Competitivo para el otorgamiento de Permisos de Ocupación Temporal sobre áreas marítimas, con destino al desarrollo de proyectos de energía eólica costa afuera”* la obligación de vincular una empresa con participación accionaria de la Nación, para la asignación de permisos en la primera ronda². A saber:

“PRESUPUESTOS JURÍDICOS

(...)

² ANH. Proceso competitivo para el otorgamiento del permiso de ocupación temporal sobre áreas marítimas, con destino al desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera. Página 15. (octubre 27 de 2023). Disponible en https://www.anh.gov.co/documents/23234/Borrador_Pliegos_PC_EECA_27.10.2023.pdf

18. Que en el evento en que le sea adjudicado el Permiso de Ocupación Temporal, el Adjudicatario deberá vincular a la ejecución del proyecto a una Empresa con Participación Accionaria de la Nación del Sector Energético, en el trámite de formalización de dicho Permiso en los términos señalados en el numeral 10.7 de estos Pliegos dispuestos en el artículo 18 de la Resolución 40284 de 2022 y sus modificaciones.

Igualmente, en caso de que se le adjudique el Permiso de Ocupación Temporal y decida solicitar la Concesión Marítima, conocen y aceptan que deberá contar con un acuerdo de participación accionaria, en los términos dispuestos en el artículo 18 de la Resolución 40284 de 2022 y sus modificaciones, con Empresa con Participación Accionaria de la Nación del Sector Energético.”

b. Consideraciones de la Superintendencia

Frente a la regla descrita, esta Superintendencia considera pertinente partir de la premisa de que cualquier intervención del Estado en la economía que puede generar una restricción a la libre competencia económica debe ser razonable y proporcional. Precisamente, la Constitución Política adopta un modelo de economía social de mercado que reconoce la iniciativa privada como motor de la economía, pero limita —razonable y proporcionalmente— la libertad de empresa y la libre competencia económica ante la necesidad de cumplir fines constitucionalmente valiosos, orientados a la protección del interés general.

Bajo este contexto, la Corte Constitucional ha señalado que la función de regulación, como mecanismo de intervención del Estado en la economía, debe estar orientada a garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento de los mercados³.

En línea con lo anterior, en Colombia la intervención estatal en la economía se justifica cuando los mercados por sí solos no logran obtener resultados eficientes. Esto es así porque el adecuado funcionamiento de los mercados constituye en sí mismo uno de los fines que la Constitución asigna al Estado a través de la regulación económica. Es así como el artículo 334 constitucional encarga al Estado la dirección general de la economía y la intervención en los mercados con miras a racionalizar la economía, mejorar la calidad de vida de los habitantes, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

En tal virtud, la Corte Constitucional ha señalado que la intervención estatal se justifica en aquellos escenarios en los que el mercado carece de condiciones de competitividad o en aquellos en que la intervención resulte necesaria para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el

³ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

equilibrio que lo rige. Para la Corte, estos fenómenos obedecen al concepto de fallas del mercado. Así lo ha señalado esa alta corporación:

“Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, **cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.**

(...) Así pues, **la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado"**(...). La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones —además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó— se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad” (Negrita fuera del texto original)⁴.

Siguiendo los planteamientos fijados por la Corte Constitucional, la intervención del Estado en los mercados se justifica por la existencia de fallas de mercado que exigen a las entidades regulatorias ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines sociales que justifican su existencia. En otros términos, cuando los mercados, por sí solos, no garantizan la obtención de dichas finalidades, el Estado —como director de la economía— está llamado a intervenir para orientar su adecuado funcionamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la competencia para intervenir en los mercados debe consultar criterios de razonabilidad y proporcionalidad a efectos de que su ejercicio tenga un amparo constitucional. Por lo tanto, para que una intervención estatal sea legítima desde esa perspectiva, es preciso que el regulador asegure: (i) que la restricción impuesta por la norma esté fundada en fines constitucionalmente admisibles⁵; (ii) que la intervención no sea manifiestamente innecesaria o arbitraria⁶; y (iii) que los beneficios derivados de la finalidad de la medida regulatoria sean superiores a las restricciones sobre los derechos o bienes intervenidos⁷. Estos parámetros deben guiar el ejercicio de intervención del Estado en la economía a efectos de preservar los postulados de la llamada Constitución Económica⁸.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002

⁸ La Corte Constitucional define la Constitución Económica como la parte del texto fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con

Dicho lo anterior, la intervención estatal en el mercado que se considerará legítima desde una perspectiva constitucional será aquella que, en primer lugar, se encuentre justificada en la necesidad de salvaguardar fines sociales y amparar el interés general y, en segundo lugar, se evalúe como razonable y proporcional para la consecución de dichos fines.

- La regla descrita es cuestionable desde la perspectiva de la libre competencia económica

Para esta Superintendencia, la regla previamente descrita, propuesta en el **proyecto**, constituye una limitación a una de las prerrogativas de la libertad de competencia, en particular la relacionada con la libertad que tiene la persona para determinar las condiciones en las que participará en el mercado⁹. En efecto, exigir a la empresa adjudicataria del **POT** que se asocie con una empresa del sector energético con participación accionaria exclusivamente de la Nación, supone condicionar su participación en este mercado. Este condicionamiento puede operar como un desincentivo para que las empresas participen dentro del proceso competitivo para la asignación de permisos, lo cual comprometería los beneficios que se esperan percibir a partir de un proceso competitivo como mecanismo de asignación de permisos.

En primer lugar, la anterior condición implica que el interesado deba seleccionar una compañía en el mercado con las características indicadas, cuya cantidad — debe resaltarse— es limitada. En efecto, de acuerdo con el Reporte Anual de Empresas de la Nación elaborado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (en adelante, **MHCP**), en el sector de energía únicamente se registran 17 empresas con participación accionaria de la Nación (controladas o minoritarias)¹⁰. Por tanto, las posibilidades de escogencia del adjudicatario serían limitadas.

Así mismo, como se verá a continuación, las compañías en el sector de energía con participación accionaria de la Nación son desiguales en términos de patrimonio y experiencia. A modo de ejemplo, se observa que solo **GENERADORA Y COMERCIALIZADORA DE ENERGÍA DEL CARIBE S.A. E.S.P.** (en adelante, **GECELCA**), **URRÁ S.A. E.S.P.** (en adelante, **URRÁ**), **GESTIÓN ENERGÉTICA S.A. E.S.P.** (en adelante, **GENSA**) y

la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito. En ese sentido, la Corte señala que la Constitución Económica supone la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo constitucional, para lo cual asume como imperativo positivo la organización del Estado en aras de obtener los beneficios de un desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios. Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 032 de 2017.

¹⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Reporte Anual de Empresas de la Nación 2022. Disponible en:

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-227123%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

7

ELECTRIFICADORA DEL HUILA S.A. E.S.P. (en adelante, **ELECTROHUILA**) hacen parte de las 10 empresas más grandes con participación accionaria del país. Entre estas compañías, solo tres cuentan con un patrimonio mayor a 1 billón de pesos lo que, en efecto, reduce aún más los posibles aliados. Esta situación es más evidente si **ECOPETROL S.A.**, como socio de **ISA INTERCOLOMBIA S.A. E.S.P.**, hace parte del sector energético, en cuyo caso la diferencia es de más de 75 billones de pesos.

Imagen No. 1. Valor patrimonial contable ajustado por participación de las 10 empresas con mayor valor

Empresa	Valor patrimonial contable ajustado por participación de la Nación		Variación porcentual
	2021	2022	
ECOPETROL	63.476.553	80.556.610	26,91%
GRUPO BICENTENARIO	9.064.093	11.692.790	29,00%
ICETEX	4.555.947	5.106.343	12,08%
FONDO NACIONAL DEL AHORRO - FNA	2.423.653	2.722.701	12,34%
GECELCA	1.344.570	1.496.686	11,31%
COLTEL	1.635.079	1.536.864	-6,01%
URRÁ	1.256.222	1.361.869	8,41%
GENSA	550.807	557.185	1,16%
LA PREVISORA	432.812	483.774	11,77%
ELECTROHUILA	280.075	323.263	15,42%
Total empresas más representativas	85.019.811	105.838.085	24,49%
Total 87 empresas restantes	5.522.465	4.879.702	-11,64%
Total del portafolio*	90.542.276	109.605.069	21,05%

Fuente: MINHACIENDA, 2023.

De acuerdo con lo anterior, la obligación de establecer un consorcio o promesa de sociedad futura con una compañía del sector energético con participación accionaria de la Nación condiciona al adjudicatario a seleccionar —de un número limitado de compañías— con cuál asociarse, las cuales, adicionalmente, presentan capacidades desiguales. Lo anterior podría desincentivar a las empresas a participar en las rondas de adjudicación de los **POT**.

Por último, esta Superintendencia advierte que la regla generaría un trato diferenciado entre las compañías generadoras de energía. En el mercado de generación existen compañías: (i) públicas con participación accionaria de la Nación; (ii) públicas con participación accionaria de las entidades territoriales; y (iii) privadas. En efecto, la regla propuesta en el **proyecto** únicamente considera aquellas descritas en el literal (i). Es así como, la regla estaría generando privilegios a las compañías con participación accionaria de la Nación que compiten en el mercado de generación de energía, frente a otras empresas con participación de las entidades territoriales o privadas (v. gr. **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**, **ISAGEN S.A. E.S.P.**, **ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.**, entre otras).

- Justificación del **MME** frente a la regla propuesta en el **proyecto**

El regulador justificó la regla objeto de análisis a partir de dos argumentos y dos referencias internacionales. El primer argumento consistió en afirmar que la participación estatal en el desarrollo de estos nuevos proyectos ha representado beneficios tanto para los desarrolladores, como para el país anfitrión de los procesos. Al respecto, señaló que “[e]stas estrategias de involucramiento se han centrado en participaciones de empresas del sector energético que, al asociarse con las compañías extranjeras, reducen costos de permisos, gestión con comunidades e instituciones locales y, a su vez, pueden facilitar el aseguramiento de la energía producida por los proyectos”¹¹.

En segundo lugar, afirmó que el despliegue de la energía eólica costa afuera involucra grandes inversiones y actividades de industria no especializada que podrían ofertarse desde las capacidades locales y nacionales. En línea con este argumento, el regulador manifestó que “(...) la integración de capacidades de la industria, de la infraestructura y del capital humano representa una oportunidad de ingresar a la industria especializada a nivel mundial y de aumentar la participación nacional en los proyectos derivados de las rondas que se realicen en un futuro”¹².

En tercer lugar, el regulador incluyó en su análisis los casos de Dinamarca y Taiwán como referencias internacionales. Según el regulador, “un ejemplo de participación nacional directa se puede apreciar en mercados maduros como Dinamarca y la empresa de participación estatal Orsted, cuya experiencia local la ha llevado a ser de las más grandes y boyantes en el sector de la energía eólica costa afuera”¹³. Frente al caso de Taiwán, afirmó que allí se aseguró la energía mediante la participación societaria de una empresa generadora estatal y del gobierno como propietario de algunos de los proyectos. Al respecto, manifestó que esta estrategia gubernamental ha significado una fuerte asociación con la industria naval y portuaria del país, así como la consolidación de proyectos que acelerarían las adiciones de capacidad instalada frente a otros mercados emergentes.

- La motivación propuesta por el regulador no justificaría la razonabilidad y proporcionalidad de la medida regulatoria

Esta Superintendencia considera que las razones expuestas por el **MME** no justifican la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Con respecto a la transferencia de conocimientos, es importante destacar que este término se refiere al proceso en el cual un grupo se ve afectado por los conocimientos de otro y cómo este conocimiento aplicable en una situación puede ser empleado en un ámbito distinto¹⁴. Bajo este contexto, es cierto que la inversión extranjera

¹¹ MME. Estudio técnico económico. Página 9.

¹² MME. Estudio técnico económico. Página 9.

¹³ MME. Estudio técnico económico. Página 10.

¹⁴ Argote, L. e Ingram, P. Knowledge transfer: a basis for competitive advantage in firms. Organizational Behavior and Human Decision Processes. Vol. 82. Página 151.

directa es uno de los canales más importantes para su ocurrencia, puesto que la presencia de compañías multinacionales facilita la imitación y los efectos de contagio¹⁵. Sin embargo, esto no se efectúa con el hecho que dichas compañías estén asociadas con una firma local, bien sea pública o privada ni requiere que el conocimiento se apropie específicamente por parte de una firma local. En este sentido, existen otras medidas que desde el gobierno pueden ejecutarse para lograr una efectiva transferencia de conocimiento, es decir, medidas que permitan que los conocimientos aportados por las entidades extranjeras sean apropiados por los locales y puedan emplearse para la solución de problemas. Si bien la presencia de la firma extranjera constituye el canal por medio del cual los agentes locales pueden recibir el conocimiento, es necesario que dichos agentes cuenten con las herramientas (bases) para comprender los conceptos nuevos y poder emplearlos en situaciones nuevas. Por lo anterior, podrían implementarse medidas para respaldar a las subsidiarias locales de las compañías extranjeras en sus esfuerzos para internalizar los conocimientos, considerando que la transferencia de tecnología dependerá en gran medida del desempeño de las compañías locales.

Además de contar con las bases que permitan apropiar adecuadamente el conocimiento, es necesario que dicho conocimiento se internalice de manera expedita. Por lo anterior, para la transferencia de conocimientos, pueden implementarse medidas a través de las cuales se coordine la inversión de las empresas nacionales e incremente la eficiencia en el aprendizaje¹⁶. La transferencia de conocimiento no necesariamente se materializa con el hecho de que éste se halle en una empresa con capital nacional. Sin embargo, si el objetivo es que las firmas locales apropien tecnologías de las firmas extranjeras, lo anterior puede efectuarse a través de la movilidad de los trabajadores¹⁷. Dicha movilidad se dará en la medida que las firmas locales puedan ofrecer mejores condiciones a los empleados de las firmas extranjeras, sin embargo, son éstas quienes en su ejercicio de optimización determinarán el costo – beneficio de atraer empleados de compañías extranjeras.

De otra parte, con respecto a los ejemplos que plantea el **MME**, debe tenerse en cuenta que las economías de Dinamarca y Taiwán son más atractivas para la inversión extranjera. Como se aprecia en la tabla a continuación, Colombia presenta una calificación de riesgo más baja y tasa de riesgo país más alta comparada con los países mencionados. Así las cosas, los ejemplos señalados podrían no ser extrapolables al caso colombiano. A saber¹⁸:

Tabla No. 1. Tasas de riesgo país

¹⁵ Glass, A. & Saggi, K. Multinational firms and technology transfer. *Scandinavian Journal of Economics* 104(4), 495–513, 2002.

¹⁶ Wang, J. y Blomstrom, M. Foreign investment and technology transfer. *European Economic Review*. Volume 36, Issue 1, January 1992, Páginas 137-155

¹⁷ Glass, A. & Saggi, K. Multinational firms and technology transfer. *Scandinavian Journal of Economics* 104(4), 495–513, 2002.

¹⁸ Damodaran. Country Default Spreads and Risk Premiums. Disponible en: https://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/New_Home_Page/datafile/ctryprem.html

País	Calificación Moody ¹⁹	Tasa de riesgo país ²⁰
Colombia	Baa2	2.89%
Dinamarca	Aaa	0.00%
Taiwán	Aa3	0.91%

Fuente: Damodaran, 2023.

Con respecto a la reducción de costos de permisos, para esta Superintendencia no es claro por qué una compañía sin asociarse con una empresa con participación accionaria de la Nación tendría mayores erogaciones para la obtención de permisos, considerando que las entidades que los conceden no deberían incurrir en prácticas discriminatorias según la composición accionaria de la empresa solicitante.

Por otra parte, sobre el argumento expuesto referente a la gestión con comunidades e instituciones locales y el aseguramiento de la energía producida por los proyectos, se resalta que existen compañías con experiencia en el mercado colombiano que han surtido estos procesos con éxito y no han requerido de la vinculación de una empresa con participación accionaria de la Nación (v. gr. **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.**, **ISAGEN S.A. E.S.P.**, **ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.**, entre otras).

De acuerdo con lo anterior, aunque el regulador expuso los motivos por los cuales estima necesaria la inclusión de la regla objeto de análisis, a juicio de esta Superintendencia dichos motivos no justificarían la razonabilidad y proporcionalidad de la regla propuesta, pues podrían existir medidas sin incidencia sobre la libre competencia que cumplan con la finalidad que se persigue.

Considerando el impacto que esta regla tiene en materia de libre competencia económica, esta Superintendencia estima pertinente que el regulador justifique su intervención siguiendo la lógica que la jurisprudencia constitucional ha determinado para este tipo de casos. En atención a dicha lógica —que fue expuesta en la sección anterior— es importante que el regulador justifique: (i) si la restricción impuesta por la norma se encuentra fundada en fines constitucionalmente admisibles; (ii) que la intervención no sea manifiestamente innecesaria o arbitraria; y (iii) que los beneficios derivados de la finalidad de la medida regulatoria sean superiores a las restricciones sobre los derechos o bienes intervenidos.

Adicionalmente, teniendo en cuenta que el propósito del regulador es fomentar la participación de los agentes en el proceso competitivo a través de la flexibilización de los requisitos a los posibles proponentes en el marco del

¹⁹ La escala de calificación de Moody evalúa el riesgo de la inversión en una escala de Aaa a C, donde Aaa es la calificación de más alta calidad y C es la calificación de más baja calidad.

²⁰ La tasa de riesgo país es la prima adicional demandada por los inversionistas frente a una inversión en los Estados Unidos.

proceso de participación ciudadana²¹, esta Superintendencia observó que los agentes interesados manifestaron su desacuerdo con la obligación de asociarse con una empresa con participación accionaria de la Nación²². Lo que confirmaría el desincentivo que la regla propuesta podría generar.

Como ejemplo de lo anterior, la **ASOCIACIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES DE COLOMBIA - SER COLOMBIA** manifestó que la regla: “a) *Límita (sic) la libertad de las empresas inversionistas en presentar sus ofertas con base en la experiencia propia; b) Crea una imposición de asociación, donde no es claro qué sucede si la empresa estatal establece condiciones que no son acordes al negocio; c) Elimina la motivación de las empresas estatales a participar en la primera fase; d) Limitará la participación de empresas al proceso competitivo; e) Va en contravía de tener una competencia justa, sana y transparente*”.

Por su parte, **CELSIA COLOMBIA S.A. E.S.P.** señaló que “*la obligación de constitución del consorcio o promesa de sociedad futura con una empresa con participación accionaria de la nación del sector energético resulta de alguna manera restrictiva a la libre competencia ya que este requisito obligaría a que la empresa de la nación que esté interesada o en capacidad de participar seleccione quien puede participar en el proceso, creando una dependencia a dicha empresa*”.

Por las razones expuestas, se recomendará al regulador que reconsidere la regla introducida teniendo en consideración las implicaciones que podría tener dicha regla en el desarrollo del mercado de energía eólica costa afuera. En caso de considerar indispensable la inclusión de la regla, esta Superintendencia recomienda: (i) que no limite la vinculación a compañías con participación accionaria de la Nación, sino que lo extienda a cualquier compañía colombiana pública o mixta (nacional o territorial) o privada; y (ii) que justifique debidamente la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en atención a los criterios que la jurisprudencia constitucional ha determinado para estos efectos y que fueron referidos en el presente concepto.

4.2. Experiencia requerida para la habilitación técnica de los proponentes

a. Reglas propuestas

El artículo 18 de la Resolución MME 40284 de 2022 establece los requisitos habilitantes que deberán cumplir los proponentes que pretendan participar en el proceso competitivo definido por dicha Resolución. Al respecto, este artículo señala que el proponente deberá satisfacer la habilitación técnica, para lo cual contempla dos alternativas debiendo el proponente cumplir con una de ellas.

Como primera alternativa, el mencionado artículo dispone que el proponente debe acreditar haber participado en el desarrollo de proyectos de generación de

²¹ MME. Estudio técnico económico. Página 6.

²² Comentarios No. 1,13, 14, 16, 20, 48 y 52 de la matriz de comentarios del **proyecto**.

energía eólica costa afuera en al menos 3 de las siguientes fases: (i) estructuración, (ii) diseño, (iii) selección y contratación de proveedores, (iv) construcción o (v) control de calidad. Para cada una de las fases que el proponente decida acreditar, debe demostrar una capacidad técnica instalada que corresponda mínimo con lo establecido en la convocatoria de cada ronda. Esto podrá ser demostrado mediante uno o varios proyectos, desarrollados durante los 10 años previos a la convocatoria de cada ronda. Por último, dicho artículo exige que esta experiencia debe acreditarse respecto de proyectos completamente instalados y en operación en cualquier parte del mundo.

Como segunda alternativa, este artículo dispone que el proponente debe acreditar haber participado en el desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera que aún no se encuentren en operación, en al menos 2 de las siguientes fases: (i) estructuración, (ii) diseño, (iii) selección y contratación de proveedores y (iv) construcción. Para cada una de las fases que el proponente decida acreditar debe demostrar una capacidad instalada que corresponda mínimo a 5 veces la exigida por la **DIMAR** y el **MME** en la convocatoria de cada ronda. Esto podrá ser demostrado con uno o varios proyectos cuya capacidad declarada acumulada sume, por lo menos, 5 veces lo establecido por estas Entidades. Por último, este artículo dispone que la experiencia requerida debe acreditarse para proyectos que se encuentren, como mínimo, en etapa de construcción en cualquier parte del mundo y cumplan con la obtención de ciertos permisos o compromisos adicionales.

b. Consideraciones de la Superintendencia

A partir de las reglas descritas, se observa que la Resolución MME 40284 de 2022 actualmente exige que el proponente acredite experiencia en proyectos de generación de energía eólica costa afuera que se encuentren, como mínimo, en etapa de construcción.

En los comentarios realizados por los terceros con ocasión del **proyecto**²³, algunos agentes manifestaron la necesidad de que el regulador contemple, adicionalmente, la valoración de proyectos en desarrollo —aún no ejecutados— orientados a satisfacer la habilitación técnica de que trata el artículo 18 de la Resolución MME 40284 de 2022. En ese sentido, estos agentes sometieron a consideración del **MME** dos alternativas nuevas de habilitación técnica con el fin de que sean incluidas en dicho artículo:

(i) Habilitar proponentes que hayan sido adjudicatarios de concursos públicos de energía eólica costa afuera en algún país de la OCDE en los últimos tres años por más de 1 GW de capacidad acumulada. Así mismo, los terceros precisan que este criterio podría demostrarse mediante el éxito en procesos competitivos en países OCDE basados en los criterios rigurosos vinculados con los méritos de los proyectos y las capacidades del proponente (“*beauty contest*”).

²³ Comentarios No. 21 y 29 de la matriz de comentarios del **proyecto**.

(ii) Establecer un mínimo de capacidad en proyectos costa afuera en Colombia que hayan obtenido la prefactibilidad y la conexión eléctrica, definidas por la Resolución MME 40284 de 2022.

De acuerdo con los terceros, esta propuesta promovería una mayor participación de agentes en el marco de los procesos competitivos. Así mismo, precisaron que la última alternativa expuesta favorecería a los proponentes que hayan demostrado competencia, seriedad e interés en invertir en Colombia, lo cual contribuiría a la aceleración del desarrollo de la energía eólica costa afuera en el país²⁴.

Frente a esta propuesta, el regulador se limitó a responder que no acoge el comentario debido a que las modificaciones del artículo 18 de la de la Resolución MME 40284 de 2022 introducidas por el **proyecto** se refieren únicamente a los párrafos 1 y 3 de dicho artículo. No obstante, este argumento no parece concordar con las razones expuestas por el **MME** que justifican la intervención regulatoria. Lo anterior, por cuanto el regulador afirmó haber evidenciado la pertinencia de ajustar algunas disposiciones contenidas en dicha Resolución *“con la finalidad (sic) generar mayor flexibilidad en la ejecución del proceso y armonización con la regulación vigente en materia de proyectos de generación clase 1 conectados al Sistema Interconectado Nacional – SIN”*²⁵.

En opinión de esta Superintendencia, la propuesta formulada por los terceros parece alinearse con los propósitos del **proyecto**. En ese sentido, sería recomendable que fuera estudiada a fondo por el **MME**, de modo que la autoridad regulatoria pueda decidir si resulta o no procedente bajo fundamentos sólidos y técnicos que satisfagan la carga de motivación que debe regir toda actuación administrativa. Esta Superintendencia estima relevante la propuesta, en tanto está orientada a promover la concurrencia y participación de agentes en el marco del proceso competitivo para el desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera.

Lo anterior, comoquiera que con la adopción de la propuesta formulada por los terceros, los agentes con interés de participar en el mercado dispondrían de nuevas alternativas para satisfacer la habilitación técnica requerida por la Resolución MME 40284 de 2022. Con ello, el **proyecto** estaría atendiendo el propósito de flexibilizar el proceso competitivo reglado en dicha Resolución y, a la par, incentivaría la concurrencia de agentes que habrían quedado excluidos de participar en este tipo de procesos al no cumplir con los requisitos actualmente vigentes. Por lo tanto, esta Superintendencia estima que la propuesta descrita podría generar efectos procompetitivos desde la perspectiva de la libre competencia económica. Sin perjuicio de ello, al **MME**, en su calidad de regulador, le corresponde analizar y sustentar si las alternativas propuestas por los terceros resultan suficientes, en términos técnicos, para satisfacer los

²⁴ Ídem.

²⁵ Página 3 del **proyecto**.

demás propósitos de la regulación y para ser incluidas como alternativas para acreditar la habilitación técnica de los proponentes.

En efecto, los requisitos de habilitación dispuestos deben ser coherentes con los objetivos de la regulación, entre los que se encuentra la promoción de la competencia. Por lo tanto, el regulador debería tomar en consideración alternativas de habilitación que promuevan la participación de más agentes en estos procesos. Todo lo anterior, sin perder de vista los demás objetivos legítimos de la regulación.

En consecuencia, esta Superintendencia recomendará al **MME** evaluar la pertinencia de la propuesta realizada por los terceros, así como justificar debidamente los motivos por los cuales resultaría o no viable su adopción en el **proyecto**.

4.3. Exclusión de uniones temporales

a. Regla propuesta

El artículo 6 del **proyecto** adiciona los consorcios como proponente plural admisible para satisfacer la habilitación jurídica de que trata el artículo 18 de la Resolución MME 40284 de 2022, además de las promesas de sociedad futura que actualmente contempla esta Resolución. Así mismo, dispone que el proponente plural deberá cumplir con las demás condiciones que se establezcan en los pliegos y bases de condiciones específicas, entre las que se encuentra el régimen de responsabilidad solidaria entre los asociados respecto de las obligaciones adquiridas en la adjudicación del **POT**. Por último, dicho artículo establece expresamente que para la habilitación jurídica no se admitirán uniones temporales.

b. Consideraciones de la Superintendencia

De la regla descrita se concluye que el regulador decidió excluir a las uniones temporales del proceso competitivo para el desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera. El **MME** fundamentó esta decisión en los siguientes términos:

“En virtud de la obligación solidaria que recae sobre los miembros de un consorcio de naturaleza pública, se consolida una sólida garantía para el acreedor, en este caso, la entidad estatal. Este respaldo se traduce en una seguridad tangible para el acreedor, al saber que todos los patrimonios de los deudores están directamente vinculados como garantía para el cumplimiento de la obligación. Dicha circunstancia, resalta la ventaja de contar con la responsabilidad solidaria en los consorcios, en contraste con las uniones temporales donde este tipo de garantía no está presente. Así, para el Estado colombiano, resulta más beneficioso optar por contratos de

consorcio, donde se establece una responsabilidad solidaria, asegurando de esta manera un cumplimiento efectivo y confiable”²⁶

Así las cosas, el **MME** decidió excluir a las uniones temporales debido a su régimen de responsabilidad. Según este, las uniones temporales no están caracterizadas por un régimen de responsabilidad solidaria, a diferencia de los consorcios.

No obstante, esta Superintendencia encuentra que el argumento descrito podría no ser preciso. El artículo 7 de la Ley 80 de 1993²⁷ contiene la definición de consorcio y de unión temporal como a continuación se cita:

“ARTÍCULO 7.- ENTIDADES A CONTRATAR. Para los efectos de esta ley se entiende por:

(...)

6. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

7. Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de (sic) as obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

(...)” (Subrayado fuera del texto)

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el particular indicando lo siguiente:

“Así pues, tanto los miembros del consorcio como los de la unión temporal responden solidariamente por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato.

²⁶ **MME.** Estudio técnico económico. Página 8.

²⁷ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA

No obstante, en la unión temporal, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en mención deben imponerse según el grado de participación de cada miembro en la ejecución de estas, mientras que los integrantes de los consorcios responden solidariamente frente a las sanciones”²⁸ (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, tanto las uniones temporales como los consorcios están caracterizados por el régimen de responsabilidad solidaria al que se sujetan sus miembros y que comprende el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado. La diferencia entre estas dos figuras radica en la responsabilidad frente a las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones. Dichas sanciones deberán imponerse atendiendo al grado de participación de cada miembro en el caso de las uniones temporales, mientras que en el caso de los consorcios serán solidariamente exigibles. En ese sentido, esta Superintendencia observa que tanto los consorcios como las uniones temporales tienen un régimen de responsabilidad similar, que únicamente dista en lo relativo a la asunción de las sanciones por parte de sus miembros. Con ocasión de estas consideraciones, no parece ser acertada la justificación aducida por el **MME** para excluir a las uniones temporales para la acreditación de la habilitación jurídica de que trata el artículo 18 de la Resolución MME 40284 de 2022.

En opinión de esta Superintendencia, dicha exclusión podría constituir un desincentivo a participar en el proceso competitivo para el otorgamiento del **POT** y, en consecuencia, podría comprometer el desarrollo de proyectos de generación de energía eólica costa afuera. Lo anterior, por cuanto restringiría el acceso de participantes bajo la forma de unión temporal.

Por lo anterior, se recomendará al regulador que reconsidere la exclusión de las figuras de uniones temporales para acreditar la habilitación jurídica, o que sustente debidamente los motivos por los cuales esta figura no resulta viable para el desarrollo de proyectos de energía eólica costa afuera.

5. RECOMENDACIONES

Por las razones que fueron expuestas, la Superintendencia recomienda al **MME**:

- En relación con la modificación al artículo 18: **reconsiderar** la obligación consistente en que el proponente se deba asociar con una compañía con participación accionaria de la Nación o, de mantener esta condición, **extender** la obligación a cualquier compañía colombiana pública o mixta (nacional o territorial) o privada y **justificar** la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

²⁸ Consejo de Estado. Radicación No. 25000-23-27-000-2003-02200 01(16883). 29 de abril de 2010.

- En relación con la habilitación técnica de los proponentes: **evaluar** la pertinencia de las propuestas realizadas por los terceros, así como **justificar** debidamente los motivos por los cuales resultaría o no viable su adopción en el **proyecto**.
- En relación con la habilitación jurídica de los proponentes plurales: **reconsiderar** la exclusión de las uniones temporales o **justificar** debidamente los motivos por los cuales se sustenta esta exclusión.

Finalmente, agradecemos a **MME** que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico grabogacia@sic.gov.co

Cordialmente,

FRANCISCO MELO RODRIGUEZ
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA
DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA
PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

*Elaboró: Rafael Angel Gonzalez Rubio Contreras, Catalina Henao Correa,
Andrea Laguna Bohorquez
Revisó: Luisa Fernanda Montero Mosquera
Aprobó: Francisco Melo Rodriguez*

Lo invitamos a evaluar su experiencia como regulador en el marco del trámite de Abogacía de la Competencia, en el siguiente enlace:



<https://forms.office.com/r/hc8zeFi5fE>