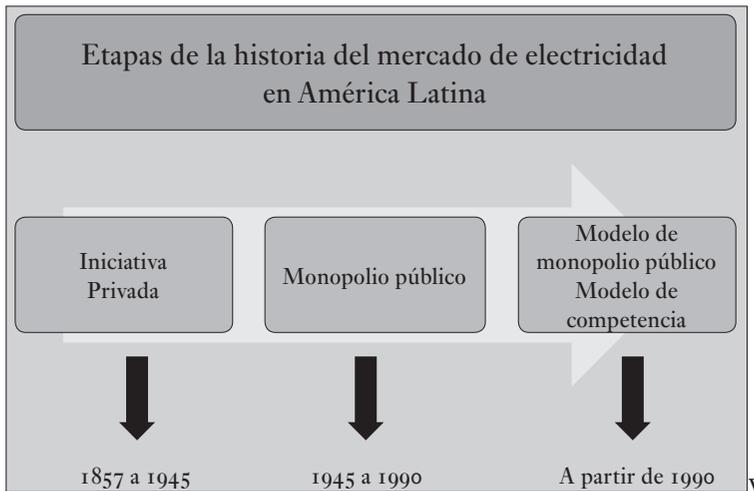


LUIS FERNEY MORENO CASTILLO

*Los modelos de regulación de electricidad en América
Latina y en particular el modelo de Colombia*

La electricidad tuvo sus inicios en América Latina hacia 1857, por medio de un modelo de iniciativa privada, vigente hasta mediados de los años 1940. A partir de 1945, los países fueron cambiando el modelo hacia uno de monopolio público, cada uno con sus razones y justificaciones. Desde 1945 hasta los años 1990 predominó el monopolio público para la prestación del servicio de electricidad. Pero, a partir de la década de 1990 los países de América Latina se dividen entre quienes mantienen el modelo de monopolio público y quienes cambian el modelo hacia la libre competencia.

Es de aclarar que hoy ciertos países, como como Venezuela y Bolivia, que habían cambiado el modelo hacia la libre competencia, regresan al modelo de monopolio público, y países que se mantuvieron en el monopolio público, como México y Honduras, cambian el modelo hacia la competencia, esto en 2013 y 2014 respectivamente.



Los modelos en América Latina coinciden con los cuatro modelos presentados por Hunt y Shuttleworth:

<i>Característica</i>	<i>Modelo 1 Monopolio</i>	<i>Modelo 2 Agencia única de compra</i>	<i>Modelo 3 Competencia en el mercado mayorista</i>	<i>Modelo 4 Competencia en el mercado minorista</i>
Definición	Monopolio en todos los niveles.	Competencia en la generación; un único comprador.	Competencia en la generación y libre elección para los distribuidores o comercializadores.	Competencia en la generación y libre elección para los usuarios.
¿Competencia en los generadores?	No	Sí	Sí	Sí
¿Libertad de elección para el distribuidor o comercializador?	No	No	Sí	Sí
¿Libertad de elección para el usuario final?	No	No	No	Sí

HUNT, SALLY Y SHUTTLEWORTH, GRAHAM. *Competition and Choice in Electricity*, John Wiley & Sons Ltd, England, 1996. Tabla 3.1, p. 22.

A continuación veremos los países donde predomina y las características de cada uno de los modelos, y posteriormente analizaremos el modelo de regulación de la electricidad en Colombia.

I. MODELOS DE REGULACIÓN DEL MERCADO DE ELECTRICIDAD EN AMÉRICA LATINA

A. MODELO DE MONOPOLIO PÚBLICO

Los países que se mantuvieron en el modelo de monopolio público son: México, Costa Rica, Uruguay, Honduras, Paraguay y la mayoría de los países del Caribe (Puerto Rico, Cuba, Jamaica, etc.). A esta lista se anexan, hoy en día, Venezuela y Bolivia, y salen de esta lista México (2013) y Honduras (2014). Es de anotar que tanto Costa Rica como Uruguay no tienen un modelo puro de monopolio público, porque permiten la existencia de productores independientes de electricidad.

Nos preguntamos cuáles han sido los resultados de este modelo hasta hoy, modelo que fue satanizado en el pasado. La respuesta se puede derivar si se analizan ciertos ejemplos, como el de los países centroamericanos. En efecto, se observa que Costa Rica, con un modelo de monopolio público, en materia de cobertura tiene mejores indicadores en cobertura (98%), frente a países como

Guatemala (89.59%) y El Salvador (92%) que cambiaron el modelo hacia la competencia desde la década de 1990. Así mismo, la cifras nos enseñan que Costa Rica tiene una capacidad instalada de 2.731 MW, superior a Nicaragua que la tiene de 1.312 MW y quien hizo el cambio de modelo. Con estas cifras no estamos justificando a los países que tienen el modelo de monopolio público, porque a México, que perteneció a este grupo, le fue insostenible mantener dicho modelo dado que ello habría supuesto un costo demasiado elevado para las finanzas públicas¹.

Los principales instrumentos jurídicos vigentes de este modelo se fundamentan en la titularidad pública del servicio público de electricidad, la titularidad privada para actividades no consideradas servicios públicos, y la planificación y la regulación con existencia de una autoridad de regulación que regula el mercado, donde predomina el monopolio público con la existencia de una empresa o varias empresas públicas.

Las características del modelo de regulación de monopolio público son básicamente las siguientes: se parte de la base de que el Estado es el que alcanza los objetivos públicos, existe una derogatoria de la libre competencia, hay un comprador único, existe integración vertical y horizontal de las empresas. Dentro de este modelo hay países donde predomina una sola empresa pública y otros en los que existen varias empresas públicas.

Es de subrayar que bajo la vigencia del modelo se han manejado las interconexiones internacionales y las importaciones y exportaciones de electricidad de diferente índole: unos países permiten que, además de las empresas públicas, los grandes usuarios importen o exporten; en cambio, otros sólo permiten que el comercio internacional lo hagan las empresas públicas.

Como se puede observar, es un hecho que en ciertos países de América Latina predomina aún el modelo de monopolio público, si bien con ciertas diferencias entre los distintos países, pero todos comparten la idea de que el Estado es el que alcanza los objetivos públicos, y se basan en la derogatoria de la libre competencia, la existencia de un comprador único y la prevalencia de la integración vertical y horizontal de las empresas públicas.

1 MORENO, LUIS FERNEY. *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: la convergencia entre libre competencia e intervención estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 250.

B. MODELO DE COMPETENCIA

Los países que cambiaron inicialmente el modelo hacia la libre competencia son: Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Colombia, Panamá, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia, Chile, Argentina y Venezuela. Como se dijo atrás, Venezuela y Bolivia dejaron este grupo, y llegaron a éste México, en 2013, y Honduras, en 2014.

Estos países que cambiaron el modelo se dividen según si liberalizaron parcial o totalmente. Nicaragua, Panamá, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia, Chile y Argentina liberalizaron parcialmente el mercado porque introdujeron competencia únicamente en el Mercado Mayorista y dejaron el Mercado Minorista con un solo proveedor en cada uno de los sistemas de distribución. En cambio, Guatemala, El Salvador y Colombia liberalizaron totalmente porque introdujeron competencia tanto en el Mercado Mayorista como en el minorista. Honduras y México se parecen más al modelo de los países que introdujeron solamente competencia en el Mercado Mayorista.

Es importante resaltar que el modelo de libre competencia se organiza a partir de los siguientes instrumentos que se ponen en marcha: liberalización, privatización, regulación con autoridades de regulación independientes, introducción de la libre competencia, la planeación indicativa, según el caso, titularidad pública o privada². Además, el modelo se caracteriza por los siguientes aspectos que le dan su connotación especial: se parte de la base de que con la coexistencia de la libre competencia y de la intervención del Estado se logran los objetivos públicos. Por ello, se afianza en la separación de actividades o desintegración vertical y horizontal de las actividades, y se profundiza en la libre competencia, la cual se materializa en un Mercado Mayorista y un Mercado Minorista en competencia, como bien lo describen Hunt y Shuttleworth³. En el primero, el Mercado Mayorista, es donde se transan grandes cantidades de energía entre agentes del mercado calificados por cada legislación, y en el segundo, el Mercado Minorista, es donde se transan pequeñas cantidades de energía entre agentes del mercado y los usuarios finales.

2 Los países que mantienen la titularidad pública del servicio público de electricidad lo hacen sin consagrar derechos exclusivos del Estado, y por ese efecto conceden títulos habilitantes a los particulares, tales como concesiones y licencias de operación. En los países que establecen la titularidad privada del servicio público de electricidad, como es el caso de Colombia, no existen títulos habilitantes para la prestación del servicio público.

3 HUNT, SALLY y SHUTTLEWORTH, GRAHAM. *Competition and Choice in Electricity*, John Wiley & Sons, 1996, pp. 21-29.

Con todo, se supone que ha habido beneficios para el interés público en mantener la competencia en los países de América Latina que cambiaron el modelo, pero los hechos han sido contundentes frente a la idea inicial, por cuanto se ha requerido mayor regulación y no se ha dado en la realidad lo que la teoría económica pregona sobre la competencia perfecta en los mercados.

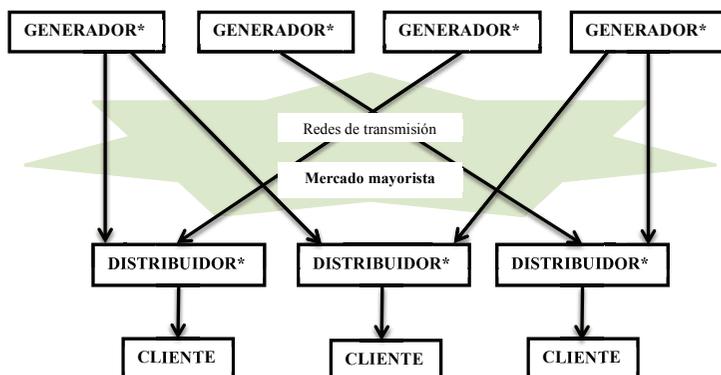
De ahí entonces que en estos países la regulación se haya impuesto, porque, como bien lo señala Mitnick⁴, en cualquier mercado puede suceder que: (i) la competencia no pueda existir o sobrevivir, como en el caso de la transmisión y distribución de electricidad, actividades en que no existe competencia, aunque ciertos países (Colombia, Brasil y Perú) han hecho esfuerzos por crear mecanismos de competencia vía regulación, como competencia por o para el mercado, y competencia comparativa; (ii) exista la competencia pero sea imperfecta, como podría ocurrir en la actividad de generación en la mayoría de los países de América Latina que cambiaron el modelo; (iii) la competencia exista pero no se desee, como sucede en ciertos países donde no es bien vista la competencia en la comercialización de electricidad.

En fin, todos estos países que introdujeron competencia en el mercado de energía eléctrica optaron por diferentes submodelos que se diferencian en función de la forma como organizan el Mercado Mayorista y el Mercado Minorista. Veamos cómo son estos modelos de organización del mercado de electricidad en competencia.

I. MODELOS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO MAYORISTA

Los países que introdujeron competencia en el Mercado Mayorista no lo hicieron de manera uniforme; se presentan tres modelos que se diferencian en cuanto a los participantes o las transacciones de electricidad. Teóricamente, el modelo de competencia en el Mercado Mayorista funciona según la siguiente gráfica:

4 MITNICK, BARRY. *La economía política de la regulación*, FCE, México, 1989, pp. 311-326.



* IPP (*independent power producer*).

** Distco (*distribution company*).

—> Venta de energía.

Fuente: HUNT, SALLY Y SHUTTLEWORTH, GRAHAM. *Competition and Choice in Electricity*, John Wiley & Sons Ltd, 1996, Tabla 6.1, p. 54.

La siguiente clasificación que se presenta se basa en información consultada por el autor en el Foro Latinoamericano de Competencia⁵.

Modelo 1 (Colombia). Los participantes del Mercado Mayorista son: los generadores y los comercializadores. Las transacciones se realizan a través del mercado *spot* o a través del mercado de contratos. En el mercado *spot* (bolsa de energía) participan en las compras y ventas los generadores y comercializadores por medio del operador del sistema y del mercado (Experto en Mercados - XM). En el mercado de contratos, compran y venden en forma descentralizada⁶ los generadores y comercializadores. Se tiene la idea de mercado organizado regulado (MOR), el cual habilita en el mercado por contratos a que se compre electricidad para el mercado de usuarios regulados en forma centralizada por conducto del operador del sistema y de mercados (Experto de Mercado - XM).

5 LIMA, JOSÉ LUIS. “Análisis de mercados eléctricos a largo plazo en contexto de integración regional”, en Foro Latinoamericano de la Competencia, 16-17 de septiembre de 2014, Montevideo, disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2014\)25&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2014)25&docLanguage=Es)

6 Cuando se dice que en el mercado por contratos se realizan las compras y ventas en forma descentralizada y centralizada, lo primero significa que los diferentes agentes realizan esas transacciones con absoluta iniciativa y sin necesidad de intermediación de autoridad técnica alguna, mientras lo segundo significa que las transacciones se realizan por intermedio de una autoridad técnica determinada.

El despacho de la energía se realiza por orden de mérito con base en un precio marginal. Se paga por la energía transada y por la capacidad firme.

Modelo 2 (Chile, Perú y Brasil). Los participantes del Mercado Mayorista son: los generadores, los distribuidores y los grandes clientes (usuarios no regulados). Las transacciones se realizan por medio del mercado *spot* y por medio del mercado de contratos. En el mercado *spot* los únicos participantes en las compras y ventas son los generadores, por conducto del operador del sistema y del mercado. En el mercado de contratos las compras y ventas se realizan entre generadores, distribuidores y grandes clientes de forma descentralizada. El despacho se realiza en orden de mérito económico con base en costos variables y costos marginales del sistema. Se paga por la energía transada y por la capacidad firme. Este modelo es el predominante en Chile, Perú y Brasil. Es de aclarar que en Brasil no existe el pago por capacidad en firme, a diferencia de los otros dos países señalados.

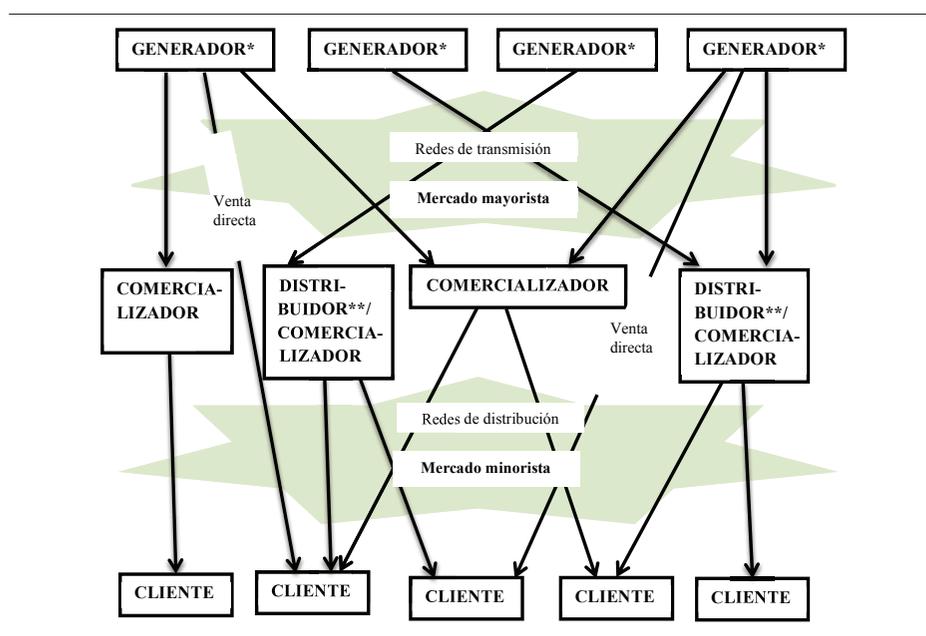
Modelo 3 (Guatemala, El Salvador, Panamá y Honduras). Los participantes en el Mercado Mayorista son: generadores, distribuidores, comercializadores y grandes usuarios. Se aclara que en Panamá no existe la figura del comercializador. Las transacciones se realizan a través del mercado *spot* y el mercado de contratos. En el mercado *spot* participan generadores (generadores, cogeneradores y autogeneradores), distribuidores (comercializadores) y grandes usuarios, quienes transan a través del operador del sistema y del mercado. En el mercado por contratos participan generadores, distribuidores y grandes usuarios, quienes compran y venden de forma descentralizada. Excepto Panamá, que introdujo en el mercado los contratos centralizados. El despacho se realiza por orden de mérito económico.

Modelo 4 (México). En el mercado *spot* compran y venden entre generadores, comercializadores, CFE y usuarios calificados, a través de CENACE (operador del sistema y del mercado). En el mercado de contratos se hacen subastas centralizadas de compra y venta por CENACE entre generadores, comercializadores, CFE y usuarios calificados. Hay que destacar que México es, junto con Panamá y Brasil, el único país en América Latina que hasta el momento tiene un esquema de mercado por contratos de compras y ventas centralizadas a través del operador del sistema y del mercado.

Es de destacar que se presentan tres tendencias para el fortalecimiento del Mercado Mayorista en la mayoría de los países que introdujeron competencia en el Mercado Mayorista, como lo señala Lima (ob. cit.): las interconexiones internacionales, la introducción de las energías renovables, y las compras de electricidad centralizadas a través del operador del sistema y del mercado.

2. MODELOS DE COMPETENCIA EN EL MERCADO MINORISTA

El Mercado Minorista se caracteriza por los siguientes aspectos: venta de electricidad de las empresas a los usuarios, existencia de libre elección de los usuarios de su proveedor, competencia de las empresas integradas con la comercialización y los comercializadores independientes por los usuarios, y existencia de una obligación de servicio universal. Teóricamente el Mercado Minorista funcionaría según la siguiente gráfica.



* IPP (*independent power producer*).

** Distco (*distribution company*).

—> Venta de energía.

Fuente: Hunt, Sally y Shuttleworth, Graham. *Competition and Choice in Electricity*. John Wiley & Sons Ltd, 1996. Tabla 7.1., p. 66.

Los países que introdujeron competencia en el Mercado Minorista, desde un inicio, con el cambio de modelo son los siguientes: Colombia, Guatemala y El Salvador. Pero estos países se dividen o se diferencian en relación con los participantes de este mercado. Por ello, encontramos dos modelos:

Modelo 1 (Colombia). Los participantes en el Mercado Minorista son: distribuidores (transportadores), los comercializadores y los usuarios regulados

(pequeños usuarios) y los usuarios no regulados (grandes usuarios). Básicamente los que compiten son los agentes comercializadores, los cuales pueden tener las siguientes formas: distribuidor-comercializador, generador-comercializador y los comercializadores independientes, y compiten por la elección que hagan los usuarios regulados y no regulados. Es de aclarar que quienes compiten son las unidades de comercialización.

Es de reconocer que la competencia en la comercialización del mercado con los usuarios no regulados ha tenido mayor dinámica que la competencia en la comercialización con usuarios regulados por ser este un mercado con poca dinámica competitiva debido a fallas de la regulación y del mercado⁷.

Modelo 2 (Guatemala y El Salvador). Los participantes en el Mercado Minorista son los distribuidores-comercializadores, los comercializadores independientes y los usuarios regulados (pequeños usuarios). Aquellos compiten por la elección que hagan los usuarios regulados. A diferencia de lo que ocurre en Colombia, los usuarios no regulados de estos países participan directamente en el Mercado Mayorista. Por lo tanto, los comercializadores compiten solo por los usuarios regulados.

No podemos cerrar este tema sin reiterar que los países que liberalizaron parcialmente el mercado, porque introdujeron la competencia sólo en el Mercado Mayorista, dejaron el Mercado Minorista organizado con un solo proveedor en cada uno de los sistemas de distribución, dentro del cual existe un distribuidor que atiende a los usuarios regulados o usuarios de servicios básicos a una tarifa regulada.

La tendencia hacia el futuro en este Mercado Minorista es que los usuarios vendan electricidad a las empresas. Se cambia la lógica actual de que las empresas son las que venden electricidad a los usuarios. En el futuro se puede observar que el Mercado Minorista se caracterizaría por las ventas de las empresas a los usuarios y de los usuarios a las empresas. En efecto, los usuarios, al convertirse en generadores distribuidos con cualquier tipo de tecnología, inyectarían energía eléctrica al sistema. El reto de la regulación es lograr establecer reglas sobre la medición, contratos y precios de esa electricidad que inyectan los usuarios al sistema.

7 MORENO. *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina*, cit., pp. 177-178.

II. MODELO DE REGULACIÓN DEL MERCADO DE ELECTRICIDAD EN COLOMBIA

A. REGLAS ESTRUCTURALES

Las reglas estructurales del mercado de energía eléctrica colombiano están consagradas en las leyes 142 y 143 de 1994 y se concretan en una gama de principios aplicados al Estado y al mercado.

Los principios que rigen al Estado básicamente están consagrados en los artículos 2, 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, y en los artículos 3, 4 y 20 de la Ley 143 de 1994. Dichas normas buscan entre otras cosas que el Estado regule los monopolios donde la competencia no es posible y que promueva, propicie y estimule la competencia entre quienes prestan el servicio público. Además de la competencia, el Estado debe garantizar, entre otras, la calidad, la ampliación permanente de la cobertura, la prestación continua e ininterrumpida, la prestación eficiente y la obtención de economías de escala comprobables.

Los principios que rigen el mercado de energía eléctrica y que fundamentan el modelo de organización del mercado de energía eléctrica en Colombia son las siguientes: (i) la libre entrada y salida del mercado (arts. 10 de la Ley 142 de 1994 y 7, 24, 56 y 85 de la Ley 143 de 1994); (ii) la desintegración vertical y horizontal de las actividades (arts. 73, num. 25, de la Ley 142 de 1994 y 74 y 80 de la Ley 143 de 1994); (iii) el régimen de redes para garantizar la competencia dentro de una misma red (arts. 11 y 28 de la Ley 142 de 1994); (iv) la libre contratación y la intervención del Estado en los contratos para adaptarlos a las condiciones de la competencia (arts. 35 de la Ley 142 de 1994 y 42 y 43 de la Ley 143 de 1994); (v) el régimen de precios según la estructura del mercado dominante (arts. 86 y 88 de la Ley 142 de 1994 y 42 de la Ley 143 de 1994); (vi) la competencia en el Mercado Mayorista y minorista (arts. 11 y 31 de la Ley 143 de 1994), y (vii) la libre elección del usuario del prestador del servicio (art. 9, num. 2, de la Ley 142 de 1994).

Antes de entrar a analizar cada uno de estos principios es necesario hacer ciertas precisiones sobre los sistemas que funcionan en el mercado de energía eléctrica. En efecto, en el mercado eléctrico funcionan dos sistemas: el Sistema Interconectado Nacional (SIN) y las Zonas No Interconectadas (ZNI), cada uno con sus propias reglas estructurales.

Las ZNI están constituidas por vastas áreas geográficas a las cuales no ha llegado el servicio público de energía eléctrica suministrado a través del SIN. Estas zonas están situadas en regiones remotas y poco desarrolladas del país.

La Ley 855 de 2003 hace referencia abstractamente a municipios, *corregimientos*, *localidades* y *caseríos*⁸ no conectados al SIN. En las ZNI no es obligatoria la separación de las actividades. El sistema funciona con empresas que desarrollan simultáneamente la generación, la distribución y la comercialización. En estas zonas no hay un Mercado Mayorista organizado en donde se comercialicen grandes volúmenes de energía y en donde, gracias a la competencia, el mismo permita que los usuarios se puedan beneficiar con mejores precios. Simplemente existe un mercado en el que las empresas integradas proveen el servicio a los usuarios finales de conformidad con lo establecido en las leyes 142 y 143, con tarifas reguladas.

Ahora bien, en lo que respecta al SIN, el artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define que es un sistema compuesto por las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, la red de distribución y las cargas eléctricas de los usuarios, conectados todos entre sí. En la práctica, el SIN es una red que opera en las zonas del país que tienen mayor densidad de población y mayores recursos, esto es, las zonas económicamente desarrolladas. La libre competencia es el fundamento del SIN, razón por la cual todos los principios estructurales del mercado de energía eléctrica le son predicables.

I. LIBRE ENTRADA Y SALIDA

El artículo 10 de la Ley 142 de 1994 consagra la libre entrada al mercado. La Ley 143 recoge igualmente este principio en los artículos 7.º y 85. Ambas leyes se inspiran en el artículo 365 superior que sienta las bases para la libre entrada al mercado de servicios públicos, al señalar que los mismos “podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”.

En efecto, en el mercado eléctrico colombiano no se exige ninguna clase de título habilitante a quien desee producir energía eléctrica o proveer el servicio. Todos pueden ejercer en el mercado su derecho constitucional a la libre iniciativa. Debe anotarse que en las actividades monopolísticas, y en particular en la de transporte de energía, el Estado impone ciertas condiciones de entrada, como se verá más adelante.

8 Divisiones administrativas de municipios en las zonas rurales, en donde hay una extrema dispersión.

En lo relativo a la libre salida del mercado, si bien la misma está garantizada, debe someterse a ciertas condiciones ligadas a la continuidad del servicio. Así, la empresa que desee retirarse del mercado está obligada a informarlo a la autoridad competente con el fin de que se tomen las medidas necesarias, conforme al artículo 61 de la Ley 142 de 1994.

2. LA DESINTEGRACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL DE LAS ACTIVIDADES

El artículo 74 de la Ley 143 de 1994 constituye el fundamento para la desintegración vertical de actividades en el SIN; no es una norma aplicable a las ZNI. Esta norma ordena la separación vertical de las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización a las empresas que hagan parte del SIN. Existen dos excepciones a la separación vertical: la primera es la integración vertical de la actividad de comercialización con la de generación o con la de distribución (arts. 7.º y 74), bien dentro del objeto de la empresa o bien a través de empresas filiales⁹. La segunda excepción está prevista en el artículo 80 de la Ley 143 de 1994, en el cual se autoriza a las empresas constituidas antes de 1994 para continuar ejerciendo en los mismos términos y condiciones todas las actividades del sector eléctrico. En todo caso, las empresas integradas verticalmente están obligadas a mantener la separación contable prevista en el artículo 18 de la Ley 142 de 1994.

En cuanto a la desintegración horizontal, las leyes 142 y 143 no establecen reglas específicas de desintegración horizontal. Dicha desintegración ha sido desarrollada por la CREG con base y fundamento en el artículo 73, numeral 25, de la Ley 142^[10].

9 MORENO, LUIS FERNEY. “Los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas desde la perspectiva del derecho de la competencia colombiano”, en *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 348.

10 Resolución CREG 128 de 1996, “Por la cual se dictan reglas sobre la participación en las actividades de generación, distribución y comercialización de electricidad y se fijan límites a la participación accionaria entre empresas con actividades complementarias”, *Diario Oficial* 42.949 de 30 de diciembre de 1996, modificada mediante Resolución 1 del 2006, *Diario Oficial* 46.170 de 2 de febrero del 2006, y con otras modificaciones.

3. LIBRE CONTRATACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS PARA ADAPTARLOS A LAS CONDICIONES DE LA COMPETENCIA

En materia del servicio público de electricidad está garantizada la libre contratación, pero el Estado interviene para adaptar los contratos a las condiciones de la competencia¹¹. Con fundamento en lo establecido en el artículo 35 de la Ley 142 de 1994, la CREG determinó el procedimiento de selección competitiva para las compras de energía realizadas por los comercializadores para vender en el mercado regulado, de conformidad con las disposiciones de la Resolución 20 de 1996. En esa misma resolución, la CREG estableció reglas a las empresas integradas (distribuidores y comercializadores, o generadores y comercializadores) cuando negocien contratos.

4. EL RÉGIMEN DE REDES CON EL FIN DE GARANTIZAR LA LIBRE COMPETENCIA DENTRO DE UNA MISMA RED

El suministro del servicio de energía eléctrica se realiza por medio de redes, de manera que el servicio público de energía eléctrica es una *actividad de redes*. Un elemento esencial que ha hecho posible la libre competencia en este mercado es la introducción de la doctrina de las *essential facilities*¹², según la cual se logra tener un mercado competitivo al establecer el libre acceso a las redes, como se consagra en los artículos 11 y 28 de la Ley 142.

Todo lo anterior está sujeto a condiciones tales como las de planeamiento, conexión, operación y uso de las redes. Otra condición importante es la determinación del precio a pagar a los propietarios de la red y a los operadores de la red.

11 MORENO, LUIS FERNEY. “Intervención del Estado en los negocios jurídicos de energía eléctrica”, en *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

12 BOTERO, C. y ARBELÁEZ, C. “La doctrina de los productos esenciales en el derecho de la competencia”, *Letras Jurídicas*, Medellín, EEPP de Medellín, vol. 4, n.º 1, 1999, pp. 215-216. Estos autores hacen una descripción muy ilustrativa de lo que significan las *essential facilities*.

5. EL RÉGIMEN DE PRECIOS SEGÚN LA ESTRUCTURA DE MERCADO PREDOMINANTE

El régimen de precios ha sido objeto de una reglamentación que deben seguir las empresas del sector eléctrico. La Constitución de 1991^[13] estableció dos criterios fundamentales en relación con el régimen tarifario: por una parte, la necesidad de tomar en consideración los costos del servicio, y por otra, la solidaridad y la redistribución del ingreso. Conviene señalar que en el derecho de los servicios públicos domiciliarios ya no se habla de tasa, sino de tarifa o precio¹⁴, lo cual es una precisión importante por cuanto nos ocuparemos de examinar lo relativo al régimen de los precios.

La Ley 142 establece dos regímenes de precios: el régimen de libertad y el régimen de regulación, que se aplican según el grado de competencia existente en las actividades del servicio público de energía eléctrica. Así, en las actividades en donde hay competencia y no hay abuso de posición dominante, predomina el régimen de libertad¹⁵; mientras que en las actividades en donde no hay competencia (monopolio) y existe abuso de posición dominante, prevalece el régimen de regulación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 142.

El régimen de libertad se aplica a las actividades de generación y de comercialización a los usuarios no regulados. Por su parte, el régimen de regulación se aplica a las actividades de transporte y distribución, que son monopolios naturales; así como a la actividad de comercialización que atiende usuarios regulados (aunque se trata de una actividad susceptible de competencia, la regulación de precios se considera un mecanismo de protección de los usuarios).

6. ORGANIZACIÓN DEL MERCADO COMPETITIVO MAYORISTA Y MINORISTA

La Ley 143 de 1994, en los artículos 11, 31 y 42, establece las bases para la organización del Mercado Mayorista. De acuerdo con ello, el Mercado Mayorista

13 Artículo 367 CP.

14 MORENO, LUIS FERNEY. *Servicios públicos domiciliarios, Perspectiva del derecho económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 182.

15 PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999, p. 225. Este autor considera que, incluso existiendo un régimen de libertad tarifaria, el artículo 98 de la Ley 142 de 1994 establece límites al reglamentar lo relativo a las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia.

es “el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, donde generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”¹⁶.

Por su parte, el Mercado Minorista¹⁷ está constituido por las transacciones entre el comercializador y el usuario, cuyo objeto son pequeñas cantidades de electricidad. Dependiendo de la condición del usuario¹⁸, existe un mercado *regulado*¹⁹ y un mercado *libre*²⁰. En el Mercado Minorista los procesos operativos y comerciales difieren de los del Mercado Mayorista.

7. LIBRE ELECCIÓN DE LOS USUARIOS DEL PRESTADOR DEL SERVICIO

La Ley 142 de 1994 en su artículo 9.2 establece la libre elección por parte de los usuarios del prestador del servicio. El artículo 15 de la Resolución CREG 108 de 1997 regula lo relativo a la terminación unilateral del contrato por parte del suscriptor o usuario, por cambio de comercializador, y señala que para terminar unilateralmente el contrato, el usuario debe cumplir dos condiciones: 1) haber permanecido con el comercializador por un tiempo mínimo de doce meses, 2) demostrar que ha cumplido con el pago de las obligaciones emanadas del contrato con el comercializador.

Adicionalmente, se ha exigido en la práctica la instalación de un nuevo medidor con características especiales por tratarse de un usuario que cambia de comercializador. El fundamento legal de esto solo se viene a visualizar con el artículo 14 de la Resolución CREG 156 de 2011.

16 Artículo 11 de la Ley 143 de 11 de julio de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”, *Diario Oficial* 41.434, de 12 de julio de 1994.

17 No existe ninguna definición legal del Mercado Minorista, sin embargo, su existencia es reconocida, por ejemplo, por HUNT, ob. cit., p. 65.

18 Artículo 11 de la Ley 143 de 1994.

19 Resolución CREG 31 de 4 de abril de 1997, “Por la cual se aprueban las fórmulas generales que permiten a los comercializadores de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”, *Diario Oficial* 43.025 de 21 de abril de 1997.

20 Resolución CREG 131 de 23 diciembre de 1998, “Por la cual se modifica la Resolución CREG 199 de 1997 y se dictan otras disposiciones adicionales sobre el mercado competitivo de energía eléctrica”, *Diario Oficial* 43.465 de 31 de diciembre de 1998.

B. REGLAS PARTICULARES DE LAS ACTIVIDADES DE LA CADENA DE ENERGÍA ELÉCTRICA

I. REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL MERCADO MAYORISTA

Tres elementos caracterizan la definición de Mercado Mayorista: 1) se trata de un mercado en donde las transacciones se hacen sobre grandes cantidades de energía; 2) en este mercado, los agentes calificados para comprar y vender son los generadores y los comercializadores; y, 3) en este mercado los usuarios no están autorizados para efectuar transacciones, salvo que estén representados por un comercializador. El artículo 31 de la Ley 143 incluyó a los usuarios no regulados como participantes y agentes en el Mercado Mayorista, pero la Resolución CREG 131 de 1998 los excluye. Es de señalar que el Consejo de Estado ha confirmado la legalidad de esta resolución²¹.

El Mercado Mayorista entró en funcionamiento el 20 de julio de 1995^[22] (un año después de la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994), gracias al desarrollo que se hizo del mismo en la Resolución CREG 24 de 1995. De esta resolución se debe subrayar lo siguiente:

- Naturaleza del Mercado Mayorista colombiano: es un mercado que busca ser lo más competitivo posible, en el cual las transacciones se realizan bajo diferentes formas (como se verá enseguida), hay libertad de entrada y salida para los generadores y los agentes de comercialización, hay una administración independiente de redes y de despachos, y hay libre acceso a la red de energía eléctrica.

21 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 29 de julio del 2004. Fueron objeto de demanda: la Resolución CREG 131 de 23 de diciembre de 1998, “Por la cual se modifica la Resolución CREG 199 de 1997 y se dictan otras disposiciones adicionales sobre el mercado competitivo de energía eléctrica”, *Diario Oficial* 43.465 de 31 de diciembre de 1998; los artículos 1.º y 2.º de la Resolución CREG 039 de 29 de marzo del 2001, que modifican parcialmente las resoluciones CREG 086 de 1996 y 107 de 1998, *Diario Oficial* 44.395 de 21 de abril de 2001; y, la Resolución CREG 141 de 31 de octubre del 2001, por la cual se profiere una decisión sobre la solicitud de revocatoria directa interpuesta por Hernán Puyo Falla, en su calidad de vicepresidente de Comercio Exterior y de Industria de la Asociación Nacional de Industriales ANDI, contra la Resolución CREG-039 del 2001 y el artículo 4.º de la Resolución CREG-131 de 1998.

22 URBIZTONDO, S.; ROJAS, J. M. y CHAHÍN, C. *Al rescate de la reforma eléctrica de 1994*, Misión de Servicios Públicos, Fedesarrollo, 2004, p. 10.

- **Transacciones:** las mismas se hacen mediante contratos bilaterales (entre generadores y comercializadores, o entre comercializadores, o entre generadores), o bien mediante contratos en la bolsa de energía²³. Los primeros se denominan “contratos de energía bilaterales a largo plazo”, porque se realizan a un plazo superior a 24 horas; mientras que los segundos se denominan “contratos de energía en la bolsa o a corto plazo”, porque el término es inferior a 24 horas.

- **Agentes calificados:** de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 24 de 1995^[24], solamente los generadores y los comercializadores están habilitados para participar en el Mercado Mayorista. Si bien es cierto que los transportadores intervienen igualmente en este mercado, solo lo hacen de forma pasiva (ellos no compran ni venden energía, sino que su rol se limita a transportar la energía hasta los puntos en donde comienzan los sistemas de distribución regional y local).

- **Entrada y salida del mercado:** existe libre entrada y salida del mercado; sin embargo, hay condiciones que se deben respetar para el buen funcionamiento del mercado. Las condiciones establecidas en la Resolución 24 para la entrada y la salida se deben respetar²⁵.

- **Proceso operacional y proceso comercial:** tanto la gestión técnica del sistema como la gestión comercial están centralizadas y se desarrollan por intermedio de la sociedad “Expertos en Mercados - XM”, como antes se señaló.

Nótese que en principio existe competencia en el Mercado Mayorista, ya que la entrada y la salida son libres, existen numerosas empresas que ofrecen o compran energía en la bolsa de energía o a través de contratos, y los precios se determinan por el cruce de la oferta y la demanda.

No obstante, mediante su intervención reguladora, el Estado ha impuesto ciertos límites a la libre entrada, a la libre fijación de precios y a la competencia entre agentes, los cuales llevan a reducir en alguna medida el grado de libre competencia. Aunque en la práctica se ha hecho un esfuerzo por lograr un mercado competitivo, transparente y eficiente, subsisten ciertos elementos

23 Artículo 7.º de la Resolución CREG 24 de 13 de julio de 1995, “Por la cual se reglamentan los aspectos comerciales del Mercado Mayorista de Energía en el Sistema Interconectado Nacional, que hacen parte del Reglamento de Operación”, *Diario Oficial* 41.937 de 24 de julio de 1995.

24 *Ibíd.*

25 *Ibíd.*, art. 6º.

que pueden debilitar la competencia²⁶, como por ejemplo las concentraciones de propiedad²⁷.

Es importante realizar un breve comentario sobre las restricciones fijadas por el Estado con respecto a la libre entrada al mercado, y en particular sobre las garantías bancarias previas, la no participación directa de los usuarios no regulados y la participación limitada de los autogeneradores y plantas menores a 20 MW. Lo anterior reduce las posibilidades de competencia entre compradores y vendedores de energía. Tomemos, por ejemplo, el caso de las garantías bancarias: ciertamente constituyen una medida de protección del interés general (un medio de asegurar el pago de las transacciones), pero también constituyen un sobrecosto que restringe la entrada al mercado. De igual modo, existen situaciones de poder de mercado por parte de los generadores²⁸, que reducen el grado de rivalidad competitiva.

En relación con los límites a la libre fijación de precios, la regulación del precio *fuera de mérito* prevista en la Resolución CREG 34 de 2001 puede analizarse desde dos perspectivas: por una parte, es una reacción reguladora a los abusos de posición dominante que se han presentado, y por otra, es una restricción a la fijación de precios con el fin de proteger la libre competencia. Es interesante observar cómo la justificación del interés general es aquí la competencia. Existe además otra restricción a la libertad de precios, que es el mecanismo de los mínimos operativos²⁹.

a. GENERACIÓN

La generación, como producción de energía eléctrica, es un servicio público en términos generales (arts. 1 y 14.20 de la Ley 142 de 1994); es asimismo un servicio público esencial (art. 4 *ibíd.*) lo que significa que no se ejerce el derecho de huelga y que también es de utilidad pública (art. 56 *ibíd.*), porque para las obras civiles involucradas tiene prelación el trámite de las servidumbres y expropiaciones. Conforme con la Ley 142 es una actividad complementaria a la actividad domiciliaria.

26 DYNER, I. "Política y regulación del sector eléctrico 1998-2002", *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, n.º 7, octubre de 2002, p. 4.

27 Ver también URBIZTONDO et al., *ob. cit.*, pp. 28-35.

28 La SSPD ha denunciado esta situación al analizar el caso *Urrá, Termotasajero, Chivor* y otros.

29 Resolución CREG 18 de 1998, relativa a los niveles mínimos operativos, *Diario Oficial* 43.241, 19 de febrero de 1998.

Ahora bien, la generación, desde el punto de vista económico, es una actividad cuya característica es un mercado en competencia. Es de aclarar que no es una competencia perfecta, pero la realidad muestra que hay competencia entre varias empresas generadoras por las ventas de energía eléctrica en el Mercado Mayorista.

La generación está inicialmente regulada en la Ley 143 de 1994, en los artículos 24, 25, 27 y 42. También en la Ley 697 de 2001 y la Ley 1715 de 2014. Ahora bien, en lo que respecta al Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015, este contiene algunas normas relacionadas con la generación, en los siguientes temas: obras de generación (arts. 2.2.3.7.1 a 2.2.3.7.1.12); declaratoria de utilidad pública (arts. 2.2.3.7.4.1 a 2.2.3.7.4.3); energía nuclear (art. 2.2.4.1.1), y política de entrega de excedentes de energía en autogeneración (arts. 2.2.3.2.4.1 a 2.2.3.2.4.4). Como se observa, no ha sido abundante la reglamentación para esta actividad. En cambio, sí encontramos una gran producción de normas que regulan las actividades en las resoluciones de la CREG; entre ellas encontramos las siguientes: 54, 55 y 56 de 1994, 24 de 1995, 86 de 1996, 84 de 1996, 71 de 2006, 05 de 2010 y 71 de 2006.

En materia de generación se ha establecido la libre entrada y salida, con ciertas condiciones, así como la libre contratación y la formación competitiva de precios, con ciertas intervenciones de la regulación. Aunque la Ley 143 es neutra en materia de las fuentes de generación, menciona como tales las convencionales y las no convencionales, definidas en las leyes 697 de 2001 y 1715 de 2015. En relación con los tipos de generadores encontramos aquellos que son productores marginales, que producen energía para sí mismos (autogeneradores y cogeneradores); los generadores distribuidos, y los generadores con plantas menores y plantas mayores a 20 MW. Finalmente, cabe mencionar los límites de participación en el mercado tanto horizontal como vertical para garantizar la competencia.

b. COMERCIALIZACIÓN MAYORISTA

La comercialización mayorista es un servicio público, servicios público esencial y de utilidad pública. Además es una actividad complementaria a la actividad domiciliaria. Tiene la característica de ser una actividad en competencia en el Mercado Mayorista, porque existen varias empresas comercializadoras.

La comercialización mayorista no tiene una regulación específica en la Ley 143 de 1994, pudiéndose mencionar sobre esa materia sólo el artículo 42 de la misma. El Decreto Único Reglamentarios 1073 de 2015 tampoco hace referen-

cia específica a ella. Realmente, la regulación detallada de la comercialización mayorista está contenida en la Resolución CREG 156 de 2011.

La comercialización mayorista es una actividad realizada por los comercializadores de energía eléctrica, quienes compran energía por contratos o en la bolsa para venderla principalmente en el Mercado Minorista y también para venderla en el mismo Mercado Mayorista, conforme con los artículos 11 de la Ley 143 y 3 de la Resolución CREG 156 de 2011. En Colombia, los comercializadores pueden tener la forma de generadores y comercializadores (GyC), de distribuidores y comercializadores (DyC), y de comercializadores independientes o puros (C).

En la comercialización mayorista existe libre entrada y salida, con ciertas condiciones, y libre contratación y formación competitivas de precios, con ciertas intervenciones regulatorias, como, por ejemplo, cuando se compra energía eléctrica para vender en el Mercado Minorista a usuarios regulados; el artículo 4 de la Resolución CREG 20 de 1996 establece que esas compras se realicen en el Mercado Mayorista por medio del procedimiento de convocatoria pública por parte de la empresa comercializadora. Por otro lado, cuando la empresa desarrolle en forma combinada la generación y la comercialización, cuya demanda de energía represente más del 5% de la demanda del STN, su unidad de generación no podrá vender más del 60% de su energía propia a su unidad de comercialización que compre para el mercado de usuarios regulados.

C. TRANSMISIÓN

La actividad de transmisión, como una actividad de redes, es un servicio público, servicios público esencial y de utilidad pública. Además, es una actividad complementaria a la actividad domiciliaria. Tiene la característica de ser un monopolio natural, en donde existen varios propietarios y operadores de la red, sin que compitan entre ellos en el mercado. Sólo compiten las empresas de transmisión en las convocatorias públicas para expansión de la red de transmisión nacional. Su participación en el Mercado Mayorista es pasiva: no compra ni vende electricidad, sino que la transporta.

La actividad de transmisión está regulada en la Ley 143, en los artículos 28, 29, 30, 32, 39 y 40. El Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015 no establece reglas específicas en materia de transmisión. La mayor parte de la regulación de la transmisión está definida por la CREG en las siguientes resoluciones: 01 de 1994, 25 de 1995, 4 de 1999, 22 de 2001, 106 de 2006 y 11 de 2009, entre otras.

En la actividad de transmisión la entrada y el crecimiento en la actividad están condicionados a que se participe en las convocatorias públicas para construcción, administración y operación. La empresa de transmisión tiene la obligación de permitir la conexión a generadores, otras empresas de transmisión, a distribuidores y a usuarios, conforme con los artículos 29 y 30 de la Ley 143. Las empresas de transmisión están sometidas niveles de calidad por indisponibilidad. La remuneración que cobran los transportadores está regulada, precisamente por ser una actividad monopólica. Finalmente, para asegurar que la actividad de transmisión se introduzca dentro del modelo de competencia se establecen los límites de participación vertical y horizontal en esa actividad.

2. REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DEL MERCADO MINORISTA

El Mercado Minorista³⁰ está constituido por las transacciones entre el comercializador y el usuario, cuyo objeto son pequeñas cantidades de electricidad. Dependiendo de la condición del usuario³¹, existe un mercado de usuarios regulados³² y un mercado de usuarios no regulados³³. En el Mercado Minorista los procesos operativos y comerciales difieren de los del Mercado Mayorista, pudiendo entonces caracterizarse de la siguiente manera el Mercado Minorista:

- Agentes calificados: son los comercializadores encargados del proceso comercial, los distribuidores encargados de la operación de la red, y los usuarios. Conviene recordar que los generadores y los distribuidores tienen derecho a realizar actividades de comercialización, por lo cual pueden considerarse habilitados por el lado de la comercialización para proveer el servicio de energía eléctrica a usuarios regulados y no regulados.

30 No existe ninguna definición legal del Mercado Minorista, sin embargo, su existencia es reconocida, por ejemplo, por HUNT et al., ob. cit., p. 65.

31 Artículo 11 de la Ley 143 de 1994.

32 Resolución CREG 31 de 4 de abril de 1997, “Por la cual se aprueban las fórmulas generales que permiten a los comercializadores de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”, *Diario Oficial* 43.025 de 21 de abril de 1997.

33 Resolución CREG 131 de 23 diciembre de 1998, “Por la cual se modifica la Resolución CREG-199 de 1997 y se dictan disposiciones adicionales sobre el mercado competitivo de energía eléctrica”, *Diario Oficial* 43.465 de 31 de diciembre de 1998.

• Mercado no regulado y mercado regulado: el mercado de usuarios no regulado es el referido a los usuarios que consumen más de 55 MW/h por mes³⁴, mientras que el mercado de usuarios regulado es el relativo a los usuarios que consumen menos de esa cantidad. El primero es un mercado altamente liberalizado, en el cual el comercializador y el usuario pueden acordar contratos de condiciones especiales, a precios y para cantidades libres, de conformidad con los artículos 42 y 43 de la Ley 143 de 1994.

a. DISTRIBUCIÓN

La distribución es la actividad de transportar energía eléctrica a través de un conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV. Se entiende como distribución el conjunto de dos sistemas: el sistema de transmisión regional (STR) y el sistema de distribución local (SDL).

Desde el punto de vista jurídico, la actividad de distribución es un servicio público, esencial, de utilidad pública, y es una actividad domiciliaria, porque físicamente llega hasta el inmueble donde están ubicados los usuarios. Pocas normas se encuentran en la Ley 143 sobre distribución, con excepción de los artículos 39 y 40 que se refieren a tarifas de acceso y uso de la red. El Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015 establece cuatro aspectos importantes en la distribución: la conformación de las áreas de distribución, la política de remuneración de las redes STR y SDL, el tratamiento de los activos de distribución financiados vía recursos públicos, y el tratamiento de los barrios subnormales. La CREG, en materia de distribución en el SIN, ha expedido las siguientes resoluciones: 70 de 1998, 82 de 2002, 97 de 2008 y 156 de 2011.

Aunque la actividad de distribución sea frecuentemente mencionada, no encontramos una definición en el texto de las leyes 142 ni 143 de 1994. Existe una definición de la misma electricidad: “es la actividad de transportar energía a través de una red de distribución a voltajes iguales o inferiores a 115 kV”. De lo anterior se deduce, por una parte, que se trata de una actividad de redes que permite ofrecer un servicio de transporte de electricidad; y por otra parte, que en el sector eléctrico esta actividad no tiene la función de compra y de venta (al contrario de lo que sostienen algunos doctrinantes)³⁵.

34 Artículo 2.º de la Resolución CREG 131 de 1998.

35 BARRERIRO, R. *Derecho de la energía eléctrica*, Buenos Aires, Depalma, 2002, pp. 250-253. Este autor define la distribución como transporte y aprovisionamiento eléctrico.

Conviene resaltar que esta actividad presenta una importante particularidad: la distribución es un monopolio natural. Las actividades que un distribuidor puede realizar son, entre otras, la conexión y el transporte de electricidad, la operación y mantenimiento de las redes, y la suspensión del servicio³⁶. Todas estas actividades las realiza en el Mercado Minorista.

La distribución es una actividad que se realiza únicamente en un ámbito local o regional, sin competencia en el mercado, en la medida que en la red existe un solo operador, operador de la red (OR), y varios propietarios. O bien puede haber varios operadores de la red que no están en competencia, teniendo cada uno su sistema de distribución local o regional. Para efecto de ese escrito acogemos la siguiente clasificación: operador de red (OR) o distribuidores y los propietarios. Es de agregar que las redes de distribución coinciden con la división regional de Colombia, la cual está repartida en 32 departamentos.

La creg ha creado un sistema de *competencia comparativa* que incita a las empresas distribuidoras a rivalizar para obtener beneficios de la eficiencia mediante la fórmula tarifaria³⁷. Hay un total de 32 distribuidores³⁸; pero, como lo señala FEDESARROLLO³⁹, en realidad existen solamente 14 grupos dedicados a la actividad de distribución, dentro de los cuales se destacan cuatro grupos principales por el número de usuarios conectados: las empresas públicas del Estado, EPPM, CODENSA y Unión Fenosa⁴⁰.

Los objetivos de la regulación de la distribución son: regular el precio, garantizar la calidad y la continuidad del servicio a los usuarios y establecer las reglas de acceso de los terceros a las redes.

36 Según cabe deducir del artículo 1.º de la Resolución CREG 24 de 1995, cit., y de la Resolución 70 de 1998 CREG de 28 de mayo de 1998, “Por la cual se adopta el Reglamento de distribución de energía eléctrica, como parte del Reglamento de operación del Sistema Interconectado Nacional”, *Diario Oficial* 43.318 de 10 de junio de 1998.

37 Este sistema se implantó con base en el numeral 2 del artículo 92 de la Ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* 41.433 de 11 de julio de 1994.

38 RAMÍREZ, R. “Evolución del derecho regulatorio en los servicios públicos de electricidad y gas 1994-2004”, en *Contexto*, Universidad Externado de Colombia, edición especial, n.º 19, septiembre de 2004, p. 28.

39 URBIZTONDO et. al., ob. cit., p. 31.

40 Lo de Unión Fenosa está representado hoy por Gas Natural y Colinversiones.

b. COMERCIALIZACIÓN MINORISTA

Desde el punto de vista jurídico, la actividad de comercialización minorista es, como todas las anteriores actividades, un servicio público, esencial y de utilidad pública. Desde el punto de vista económico es una actividad con características de mercado potencialmente en competencia. Se dice que potencialmente, porque hay que distinguir entre la comercialización minorista a usuarios regulados y la comercialización minorista a usuarios no regulados. En esta última existe una real competencia, y en aquella es sólo potencial porque es bajo el grado de competencia.

La comercialización minorista consiste básicamente en las compras de energía eléctrica en el Mercado Mayorista para venderla en el Mercado Minorista. Es el último eslabón de la cadena de energía relacionada directamente con los usuarios. El artículo 2.2.3.1.2 del Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015 define la actividad de comercialización minorista como sigue:

Actividad que consiste en la intermediación comercial entre los agentes que prestan los servicios de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y los usuarios finales de dichos servicios, bien sea que esa actividad se desarrolle o no en forma combinada con otras actividades del sector eléctrico, según lo dispuesto por la regulación y la ley.

La comercialización minorista no tiene una regulación específica en la Ley 143 de 1994, pues solo se menciona en su artículo 42. El Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015 hace mención a la comercialización minoristas para referirse a la simetría que debe haber entre derechos y obligaciones entre los comercializadores minoristas, a las pérdidas, a las formas de compra de energía, a los subsidios y contribuciones. La regulación detallada de la comercialización mayorista se encuentra en las siguientes resoluciones CREG: 131 de 1997 (mercado de usuarios regulados), 131 de 1998 (mercado de usuarios no regulados), 108 de 1997 (criterios generales de protección de los usuarios), 70 de 1998 (reglamento de distribución) y 156 de 2011 (reglamento de comercialización). De esta última resolución y de la decisión que trae el Decreto Único Reglamentario 1073 se pueden deducir las siguientes relaciones jurídicas del comercializador minorista:

- Relaciones jurídicas del comercializador minorista con el Mercado Mayorista de energía. Son relaciones de derecho privado.

- Relaciones jurídicas del comercializador minorista con otros comercializadores minoristas. Son relaciones de derecho privado.
- Relaciones jurídicas del comercializador minorista con el operador de la red. Son relaciones de derecho privado.
- Relaciones jurídicas del comercializador minorista con los usuarios. Por regla general son relaciones de derecho privado, y sólo excepcionalmente de derecho público.

El comercializador minorista puede tener la forma de generador y comercializador (GyC), distribuidor y comercializador (DyC), o comercializador independiente o puro (C).

c. USUARIOS

La regulación de los usuarios se enfoca a reconocer derechos, pero también a establecer deberes u obligaciones. La regulación de estos derechos y obligaciones se encuentra principalmente en la Ley 142 de 1994, y de manera secundaria en las resoluciones CREG 107 y 70, ambas de 1998.

En relación con los derechos de los usuarios existen derechos sustantivos: los derechos a la libre elección de su prestador, los derechos a la calidad, los derechos a la información y el derecho a la medición. En lo procesal, los usuarios tienen derecho a peticiones, quejas y recursos. Estos últimos son el de reposición y, en subsidio, el de apelación, si bien solo para ciertos actos que se interponen contra las empresas, como los establecidos en el artículo 154 de la Ley 142, tales como: negativa a contactar, actos de reclamación de la factura, suspensión, corte y terminación. Además, hay que decir, en relación con los recursos, que se derivan relaciones jurídicas de derecho público entre comercializadores minoristas y usuarios, porque se presume que aquellos actúan como si fueran autoridades con funciones administrativas en relación con la expedición estos actos.

En cuanto a las obligaciones o deberes de los usuarios, según la Ley 142 de 1994 y las resoluciones CREG 108 de 1997 y 70 de 1998, serían las siguientes: pago del servicio; procurar por el buen uso de las redes, instalaciones y quipos; hacer uso del servicio de acuerdo a lo establecido en el contrato, y mantener las instalaciones internas de acuerdo con las normas técnicas de la empresa.

CONCLUSIÓN

A partir de los años 1990, los países de América Latina se dividen, desde el punto de vista del mercado de electricidad, entre quienes tienen vigente el modelo de monopolio público y quienes preservan el modelo de libre competencia.

Es de resaltar que ciertos países han cambiado su modelo de monopolio público al de libre competencia, siendo los casos más recientes los de México y Honduras; destacando que estos optaron por una liberalización del mercado y no por una privatización de las empresas públicas. Esto quiere decir que ponen a competir las empresas públicas con empresas privadas.

Al mismo tiempo es importante señalar que ciertos países que están o que estaban en el modelo de competencia han desarrollado malas prácticas porque, por un lado, ha habido control excesivo de los precios y establecimiento de subsidios a los usuarios sin discriminación, pero lo que es peor, se ha hecho un cambio del modelo para retornar al modelo de monopolio público.

Hoy en día está a prueba el modelo de competencia, dado el cambio climático, y por ello es imperativo que se pongan en ejecución buenas prácticas, como por ejemplo incentivos para garantizar una mayor oferta de electricidad y buscar una mayor diversidad de las fuentes energéticas, vía incentivos a las energías no convencionales renovables, el desarrollo de las interconexiones internacionales, la instalación de plantas de regasificación para generar electricidad. Finalmente, es preciso incentivar a los usuarios para que sean más activos en el mercado, en donde vendan sus excedentes de energía, como autogenerador, cogenerador o como generador distribuido y como respuesta de la demanda en donde el usuario haga desconexiones al sistema para vender electricidad.

En el caso particular de Colombia, el modelo de regulación de la electricidad es un modelo de competencia que ha sido puesto a prueba por el cambio climático. Como todo modelo, necesita ir haciendo los ajustes o reformas regulatorias para adaptarse a las nuevas circunstancias que imponen los avances tecnológicos y los fenómenos climáticos. Colombia ha tenido buenas prácticas regulatorias y debería seguir por esa senda. Por ello el gran reto es el de hacer ajustes a la regulación del mercado de energía eléctrica frente a la diversificación de las fuentes energéticas y frente a la participación de la demanda.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERIRO, R. *Derecho de la energía eléctrica*, Buenos Aires, Depalma, 2002.
- BOTERO, C. y ARBELÁEZ, C. “La doctrina de los productos esenciales en el derecho de la competencia”, *Letras Jurídicas*, Medellín, EPP de Medellín, vol. 4, n.º 1, 1999.
- DYNER, I. “Política y regulación del sector eléctrico 1998-2002”, *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, n.º 7, octubre de 2002.
- HUNT, SALLY y SHUTTLEWORTH, GRAHAM. *Competition and Choice in Electricity*, John Wiley & Sons, 1996.
- LIMA, JOSÉ LUIS. “Análisis de mercados eléctricos a largo plazo en contexto de integración regional”, en Foro Latinoamericano de la Competencia, 16-17 de septiembre de 2014, Montevideo, disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2014\)25&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2014)25&docLanguage=Es)
- MITNICK, BARRY. *La economía política de la regulación*, FCE, México, 1989.
- MORENO, LUIS FERNEY. *Servicios públicos domiciliarios, Perspectiva del derecho económico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- MORENO, LUIS FERNEY. “Los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas desde la perspectiva del derecho de la competencia colombiano”, en *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MORENO, LUIS FERNEY. “Intervención del Estado en los negocios jurídicos de energía eléctrica”, en *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MORENO, LUIS FERNEY. *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: la convergencia entre libre competencia e intervención estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999.
- RAMÍREZ, R. “Evolución del derecho regulatorio en los servicios públicos de electricidad y gas 1994-2004”, en *Contexto*, Universidad Externado de Colombia, edición especial, n.º 19, septiembre de 2004.
- URBIZONDO, S.; ROJAS, J. M. y CHAHÍN, C. *Al rescate de la reforma eléctrica de 1994*, Misión de Servicios Públicos, Fedesarrollo, 2004.