

Luis Ferney Moreno

Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina:

La convergencia entre libre
competencia e intervención estatal



Universidad Externado de Colombia

CONTENIDO

LISTA DE LAS FIGURAS Y TABLAS	17
SIGLAS Y ABREVIATURAS	19
AGRADECIMIENTOS	25
PRÓLOGO	27
INTRODUCCIÓN	31
PRIMERA PARTE	
EL MODELO DE MONOPOLIO PÚBLICO:	
EL CASO DE MÉXICO	51
I. Evolución de las fuentes de derecho	53
A. De las concesiones a favor de los particulares, al modelo de monopolio público (1857-1960)	54
B. Del modelo de monopolio público hacia una tímida apertura al sector privado (1960 a 1992)	57
C. De la tímida apertura del sector privado a la propuesta de Reforma Constitucional (1992 al 2002)	60
II. Principales instrumentos jurídicos vigentes	64
A. Legislación nacional	64
1. Titularidad pública	65
2. Titularidad privada de las actividades no consideradas servicio público	65
3. Planificación	66

4. Regulación	66
B. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y sus efectos en el ordenamiento interno mexicano	68
1. Normas internas	68
2. Tratados internacionales de libre comercio	69
III. Características del modelo	71
A. La derogación de la libre competencia	72
1. Comprador único	74
2. Integración vertical y horizontal	75
3. Inexistencia de normas tendientes a promover la libre competencia, no obstante existir normas sobre control y defensa de la libre competencia	77
B. La libre competencia en las actividades no consideradas como servicio público	79
C. La intervención del Estado en sustitución del mercado	85
1. Regulación emanada del Estado	85
2. Supervisión y control	89
3. Ayudas otorgadas por el Estado	90
4. Intervención empresarial principal y exclusiva del Estado	91

SEGUNDA PARTE

EL MODELO DE LIBRE COMPETENCIA:

EL CASO DE COLOMBIA	93
I. Evolución de las fuentes de derecho	96
A. De la iniciativa privada al monopolio estatal (de 1886 a 1945)	98
B. Del monopolio estatal al estado de emergencia económica y social (de 1945 a 1992)	103
C. Del estado de emergencia económica y social (decreto 700 de 1992) al nuevo modelo de libre competencia (leyes 142 y 143 de 1994)	109
II. Los principales instrumentos jurídicos vigentes	115

A.	Los instrumentos jurídicos del Estado colombiano para organizar el mercado eléctrico	116
1.	Organización de la estructura institucional	116
2.	Liberalización	119
3.	Privatización parcial	121
4.	Regulación	123
5.	Introducción de la libre competencia	123
6.	Planificación	124
B.	Nuevos instrumentos jurídicos contenidos en la Decisión Andina 536 del 2002: integración energética en competencia	124
1.	Normativa interna colombiana anterior a la Decisión Andina 536 del 2002	125
2.	Tratados de libre comercio: Decisión Andina 536	128
a.	Acuerdos bilaterales	128
b.	La Comunidad Andina de Naciones (CAN)	130
c.	Contenido de la Decisión 536	130
d.	Análisis de la Decisión 536	132
3.	Normas internas colombianas proferidas en desarrollo de la Decisión 536	133
III.	Características del modelo	135
A.	Intervención del Estado en función del mercado	139
1.	Intervención reguladora	141
2.	Intervención mediante control y vigilancia del mercado	145
a.	Separación del órgano especializado de regulación y la entidad encargada del control y vigilancia	146
b.	Otros órganos de control y vigilancia	147
3.	Estado empresario	148
4.	Ayudas del Estado	151
B.	La libre competencia: reglas y realidad	154
1.	Reglas estructurales del mercado eléctrico	155
a.	Libre entrada y salida condicionada del mercado	160

b.	La separación parcial de las actividades	161
c.	La intervención del Estado en los contratos para adaptarlos a las condiciones de la competencia	164
d.	El régimen de redes con el fin de garantizar la libre competencia dentro de una misma red	164
e.	El régimen de precios según la estructura de mercado predominante	168
f.	Organización del mercado competitivo mayorista y minorista	171
g.	Cambio de comercializador para usuarios regulados y no regulados	178
h.	Control de precios en el mercado mayorista con el fin de prevenir el abuso de posición dominante	179
2.	Reglas particulares de cada una de las actividades de la cadena de prestación del mercado eléctrico	180
a.	Generación	180
b.	Transporte	184
c.	Distribución	186
d.	Comercialización	189
3.	Regulación de las conductas contrarias a la libre competencia	191
a.	Prácticas restrictivas de la competencia	193
1)	La Ley 142 establece normas importantes que sirven de fundamento para la prohibición general de conductas contrarias a la libre competencia	194
2)	Lo relativo a los acuerdos contrarios a la libre competencia	196
3)	Actos contrarios a la libre competencia	199
4)	El abuso de posición dominante	203
5)	Concentración de empresas	210

b. Actos de competencia desleal	214
1) Prohibición general	215
2) Conductas específicas	216

TERCERA PARTE

HACIA UN RÉGIMEN DE CONVERGENCIA ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

I. Los modelos de organización del mercado de energía eléctrica actualmente vigentes: análisis de sus resultados	231
A. El monopolio público	233
1. Análisis del modelo a partir de la jurisprudencia	233
2. Análisis del modelo a partir de la doctrina	241
a. Ventajas del modelo según una parte de la doctrina	242
1) Eficacia en el cumplimiento de ciertos objetivos públicos	243
2) Soberanía de las decisiones del Estado	245
3) La fortaleza patrimonial de las empresas públicas de energía eléctrica	247
b. Desventajas de acuerdo con otro sector de la doctrina	249
1) Insostenibilidad del modelo a largo plazo para lograr el cumplimiento de los objetivos públicos	250
2) Ineficacia del modelo	252
3) Limitaciones al pleno ejercicio de los derechos económicos	255
4) Pérdida de legitimidad frente a los procesos regionales de integración energética.	256
3. El modelo no es sostenible en el largo plazo	260
B. El modelo de libre competencia	261
1. Análisis del modelo a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional	262

2.	Análisis del modelo a partir de la doctrina	272
a.	Ventajas del modelo según una parte de la doctrina	273
1)	El modelo permite reducir el peso del sector eléctrico en las finanzas públicas	273
2)	El modelo permite alcanzar ciertos objetivos públicos descritos en las leyes 142 artículo 2º, y 143 artículos 3º y 4º de 1994	274
3)	El modelo permite aumentar el número de empresas en el mercado	277
b.	Desventajas del modelo según otro sector de la doctrina	279
1)	Con dicho modelo no ha sido posible lograr el cumplimiento de los objetivos públicos sociales	280
2)	No se han logrado los beneficios esperados por causas atribuibles a la libre competencia	283
3.	El modelo provoca tensiones por las fallas de la intervención del Estado y las fallas de la libre competencia	284
a.	Descripción de las tensiones	284
1)	Fallas de la intervención del Estado	285
2)	Fallas de la libre competencia	300
b.	Frente a las tensiones, la propuesta de solución planteada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es más adecuada para Colombia que aquellas presentadas por la doctrina	304
II.	La convergencia es un régimen que representa la armonización en el modelo de libre competencia del mercado eléctrico	308
A.	Fuentes de derecho del régimen de la convergencia	312
B.	Contribuciones del régimen de la convergencia	318

1.	Armonización de los principios o bienes constitucionales hacia los mismos objetivos públicos	319
2.	Reducción de las tensiones	320
3.	Disminución de los costos sociales	324
C.	Estructura del régimen de convergencia	325
1.	La intervención del Estado y la libre competencia como ejes convergentes	330
a.	Los ejes convergentes como principios o bienes constitucionales	333
b.	Condiciones requeridas para que los dos ejes sean convergentes	334
1)	Condiciones requeridas para que la intervención del Estado en el mercado de la energía eléctrica sea un eje convergente	336
2)	Condiciones requeridas para que la libre competencia sea un eje convergente en el mercado de la energía eléctrica	340
c.	Modulación de los ejes convergentes para el logro de los objetivos públicos	343
1)	Modulación de los ejes convergentes según la Corte Constitucional	343
2)	Modulación de los ejes convergentes según la doctrina	348
3)	Modulación de los ejes convergentes según nuestro propio concepto	353
2.	Los objetivos públicos entendidos como pilares: concepto preciso de interés general	367
a.	Los objetivos públicos establecidos en el derecho positivo	367
1)	Los objetivos públicos según la jurisprudencia de la Corte Constitucional	368
2)	Los objetivos públicos según la doctrina	369

3) Los objetivos públicos de interés general, según nuestro criterio	371
b. Ponderación en y entre objetivos públicos	374
D. Los desafíos del régimen de la convergencia frente a los procesos de integración energética	380
1. Objetivos supranacionales	382
2. Desarrollos normativos de la convergencia en las zonas de libre comercio del servicio de energía eléctrica existentes	383
3. Los marcos jurídicos propuestos para organizar el mercado energético común o regional	385
CONCLUSIONES	389
BIBLIOGRAFÍA	397