

**TRABAJO DE GRADO**

**MARIA PAOLA LEYVA MOSQUERA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI**  
**FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES**

**MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL**

**SANTIAGO DE CALI**

**2020**

**REVISIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE POSICIÓN DOMINANTE DE LAS  
EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS FRENTE A LOS  
USUARIOS DEL SERVICIO DE ENERGÍA**

**MARIA PAOLA LEYVA MOSQUERA**

**TESIS DE MAESTRÍA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO EMPRESARIAL**

**DIRECTORA**

**CLAUDIA LORENA ESQUIVEL GARCÍA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA CALI  
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES  
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL  
SANTIAGO DE CALI**

**2020**

## Tabla de contenido

Introducción .....	5
Objetivos .....	9
Objetivo general .....	9
Objetivos específicos .....	9
Capítulo I: Evolución de la Prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia....	10
Capítulo II: Los Usuarios del Servicio Público Domiciliario de Energía, Clasificación y Características .....	25
Agentes del Mercado Eléctrico en Colombia .....	26
Clasificación de los Usuarios del Servicio Público de Energía Eléctrica .....	37
Capítulo III: Régimen Contractual de las Empresas Prestadoras del Servicio de Energía y Relación Contractual con los Usuarios .....	48
Características del Contrato de Servicios Públicos .....	52
Contratos en el Mercado Mayorista de Energía Eléctrica.....	59
Contratos de Energía Eléctrica de Largo Plazo.....	60
Capítulo IV: Competencia y Posición Dominante de las Empresas Prestadoras del Servicio de Energía Eléctrica Frente a los Usuarios .....	64
El Derecho de la competencia en los servicios públicos .....	64
Definición de Presunción en el Derecho Colombiano .....	71
Revisión de la Figura Jurídica de Posición Dominante en el Derecho Comercial	73
Posición Dominante en el Contexto del Servicio Público de Energía Eléctrica ...	76
Posición Dominante Frente al Comercializador Puro .....	77
Redes de Transmisión .....	83
Integración de Generadores Comercializadores en el Mercado eléctrico .....	86
Conclusiones .....	92
Referencias Bibliográficas .....	96

### **Listado de figuras**

Figura 1. Esquema del sector energético en Colombia.....	16
Figura 2. Estructura actual del negocio de prestación de servicios públicos domiciliarios de energía y gas combustible.....	33
Figura 3. Procesos y subprocesos de la actividad de comercialización de energía .....	33
Figura 4. Histórico anual comercializadores registrados y transados.....	36
Figura 5. Porcentaje de participación de comercializador independiente.....	78
Figura 6. Evolución de la participación en ventas por tipo de integración de los agentes .....	88

### **Listado de tablas**

Tabla 1. Clasificación de los usuarios del servicio público de energía eléctrica.....	38
Tabla 2. Posición dominante versus clasificación de usuarios .....	82

## Introducción

Han existido siempre discusiones en torno a la presunción de posición dominante que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios frente a los usuarios, en el marco de la relación contractual existente entre ambas partes con ocasión a la prestación de los servicios y, para el caso que nos ocupa de manera particular, en la prestación del servicio de energía eléctrica.

Debe decirse que la relación entre empresa y usuario se encuentra debidamente regulada por la Ley 142 de 1994 y la Resolución CREG 108 de 1997, el estatuto del consumidor y, en particular, el contrato de condiciones uniformes al cual adhieren los usuarios de manera libre y voluntaria al momento de iniciar la prestación del servicio público domiciliario y donde claramente se protege de manera especial al usuario. De igual forma, estas disposiciones permiten que existan condiciones particulares, especiales y diferenciales a través de acuerdo especial, lo que pone a los usuarios con estas prerrogativas en igualdad de derechos y obligaciones y no en una situación de indefensión, como se ha pretendido ver en algunas ocasiones cuando se ha discutido la imposibilidad de negociar condiciones contractuales, en la especialidad de la materia y la desigualdad de la relación usuario-empresa.

Así las cosas, el presente estudio se centra en determinar si existe o no posición dominante por parte de las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica *per se* o si, por el contrario, es necesario hacer una diferenciación entre las clases de prestadores del servicio de energía eléctrica y sin tener en cuenta la clasificación; lo anterior, con base en la normatividad especial sobre la materia, la protección especial que tienen los usuarios a través de la normativa vigente y regulatoria y el estatuto del consumidor. Esto podría llevar a concluir que, en la

práctica y en ciertas situaciones, las cargas entre empresa-usuario se encuentran en simetría y no se configura la posición de dominio.

En consecuencia, el trabajo de investigación hace una revisión del factor de la competencia entre las empresas comercializadoras del sector eléctrico colombiano, enfocada en la presunción de la posición dominante de las empresas prestadoras contemplada en la Ley 142 de 1994 frente a sus usuarios. La ley mencionada prohíbe expresamente las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, y las prácticas de competencia desleal que restrinjan la competencia entre los participantes de los servicios públicos domiciliarios. En este contexto, se advierte que la mencionada norma determina *per se* que existe una posición dominante de las empresas prestadoras de servicios públicos frente a sus usuarios.

Llama la atención que ni la norma citada ni la regulación que rige la materia contemplan excepciones a la presunción de posición dominante, que permitan diferenciar las condiciones particulares entre las clases de usuarios, desconociendo aspectos tan importantes como los criterios de especialidad, cantidad de consumo, capacidad o no de generación y experticia en la materia. De igual forma, se deja por fuera la posición de mercado en la que se encuentran los agentes y, en el caso de investigación, la posición de los comercializadores puros, como se verá más adelante. Los resultados del estudio que se presenta en este documento se dividen en cuatro capítulos que abordan los siguientes temas:

En el primer capítulo se expone la adaptación que tuvieron los servicios públicos domiciliarios (S.P.D.) a los estándares internacionales de regulación y de calidad, lo cual abrió paso a la inversión privada para participar en la construcción de infraestructura necesaria para su prestación. Igualmente, se pone en evidencia el proceso adelantado en los años 90 mediante el cual se efectuó la transición que hizo posible el paso de empresas estatales verticalizadas a

unidades de negocio separadas y privadas. Dicha transición fue implementada a través de la promulgación de la Ley 142 de 1994, que rige la prestación de los S.P.D. en Colombia, y la Ley 143 del mismo año, la cual rige de manera específica el sector eléctrico. Las normas mencionadas corresponden a un régimen de derecho público, esencialmente proteccionista, que propende por el reconocimiento de derechos y garantías a los usuarios de servicios públicos frente a la empresa prestadora.

En el segundo capítulo se aborda la entrada de nuevos agentes al mercado de los servicios públicos domiciliarios y la creación de un nuevo marco normativo, regulatorio y de protección a los participantes, que tiene como propósito la consolidación de la seguridad jurídica de este sector de la economía en aras de potencializar el escenario de mercado y la libre competencia. La transición del sector eléctrico lleva al surgimiento de diferentes tipos de usuarios con escenarios regulatorios y de mercados diversos; por tanto, se describe la clasificación de los usuarios y se destacan el usuario no regulado y la figura del comercializador independiente.

El tercer capítulo revisa el régimen de contratación de servicios públicos domiciliarios, cuya regla general (de acuerdo con la legislación en la materia) es que se rige por el derecho privado y, excepcionalmente, por el derecho público. También se aborda la relación jurídica entre los usuarios y las E.S. P. y su régimen de obligaciones y derechos, así como la clasificación de los contratos.

En el cuarto capítulo se analiza la posición dominante de las empresas de servicios públicos del sector eléctrico. Se considera que la normatividad y la regulación particular de este sector de la economía hacen hincapié en la necesidad de consolidación del escenario de libre competencia entre los agentes.

La investigación finaliza con el análisis de los lineamientos normativos y criterios de regulación económica que permean la relación jurídica empresa-usuario y se revisa la categoría de posición dominante de las empresas prestadoras de S.P.D. frente a sus usuarios, lo que permite evidenciar la precariedad de la normatividad al dar una generalización en la categoría de usuario. Con base en las condiciones actuales del mercado, es menester efectuar una diferenciación, especialmente en la relación jurídica del comercializador puro y algunos usuarios del mercado no regulados, particularmente aquellos del sector industrial.

En resumen, este estudio propone revisar el estado del sector eléctrico en Colombia y el papel que tienen tanto las diferentes clases de usuarios, como las empresas comercializadoras, para concluir si existe *per se* una posición dominante de estas frente a sus usuarios, o si por el contrario, la presunción en la práctica se aplica a unos usuarios y agentes determinados, pero en otros casos y teniendo en cuenta las características del usuarios, existen suficientes garantías y posibilidades de pactar condiciones especiales que equilibren las cargas entre empresa y usuarios, y en algunos casos las dejen a favor de estos últimos.



## **Objetivos**

### **Objetivo general**

- Constatar la aplicación de la figura jurídica de la presunción de posición dominante contemplada en la Ley 142 de 1994, a partir de la estructura del mercado eléctrico en Colombia y de la clasificación de usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica bajo los presupuestos epistemológicos del derecho de la competencia y de la escuela de los servicios públicos.

### **Objetivos específicos**

- Revisar el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia y su relación con los usuarios del servicio de energía eléctrica.
- Determinar el alcance de los diferentes mercados de energía y las opciones contractuales aplicables a las empresas y usuarios del servicio de energía eléctrica.
- Evidenciar la aplicación práctica de la figura jurídica de la posición dominante de las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica en consideración a las diferentes categorías de usuarios.

## **Capítulo I: Evolución de la Prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia**

Los servicios públicos nacieron como disciplina vinculada al derecho administrativo y han tenido un propósito finalístico y sociológico, toda vez que deben responder por prestaciones sociales que se vinculan con la finalidad social del Estado y que, por tanto, lo legitiman. Este tipo de servicios está inspirado en los principios de calidad, universalidad y eficiencia. Para Duguit (1926, como se citó en Matias Camargo, 2015), un servicio público se define de la siguiente manera:

Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza del gobernante. (p. 47)

Los cambios económicos internacionales promovieron la apertura económica y una modernización del Estado en Latinoamérica. Fue así como actividades que se consideraban propias del Estado fueron dando paso a la participación de particulares en diversos campos y aspectos; de esta forma, temas estratégicos como la energía eléctrica y el sector de los servicios públicos pudieron ser administrados y prestados por particulares.

El Consenso de Washington recomendaba, dentro de su decálogo de políticas, la promoción de la política de competencia y la desregularización de la actividad productiva. En consecuencia, las nuevas reglas de juego y las disciplinas del derecho de competencia tenían como objetivo tutelar el derecho a ejercer el libre acceso y concurrencia al mercado de los agentes, como modelo que promueve la asignación eficiente de recursos, que protege los

derechos de oferentes y los demandantes y que preserva el interés público (Amador Cabra, 2008, p.13).

En los años 90 y como producto de los cambios económicos y políticos en Latinoamérica, se abrió camino hacia el Neoliberalismo. Como lo ha dicho la doctrina, este surgió de la crisis de un Estado intervencionista con un monopolio de la producción y la prestación de los servicios públicos. Al respecto, Matias Camargo (2001) asegura lo siguiente:

El surgimiento de un nuevo modelo de desarrollo, el neoliberal y de un estado no intervencionista, donde el mercado, la libre empresa, la apertura de mercados y la globalización son sus ejes rectores, se comprende la necesidad de iniciar un proceso de venta y privatización del Estado para colocarle en manos de los particulares y en especial la de la prestación de servicios públicos domiciliarios (p.36).

Al respecto, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) indicó que la década de los 90 en Latinoamérica se caracterizó por un proceso de reformas económicas que incluyeron la reestructuración, liberalización y privatización del sector energético.

Este proceso de reformas se inició con la privatización de las Compañías eléctricas en Chile a fines de los años ochenta, seguido de la liberalización y reestructuración de las industrias del petróleo, electricidad y gas natural en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú. (CEPAL, 2001, p. 12)

Un estudio del Banco Mundial había identificado un retraso en la infraestructura energética del país y deficiencia en la prestación de los servicios públicos, razón por la que la Constitución de 1991 introdujo cambios para el sector. Según Álvarez y Tamayo (2006):

El Estado empresario, prestador monopólico de los servicios y responsable de realizar las expansiones de cobertura, sin advertir señales claras de eficiencia económica y de

viabilidad financiera para acometer dichas inversiones, pasa a tener un papel enfocado hacia el diseño de políticas, regulador y controlador, buscando que se cumplan los objetivos fundamentales de prestación eficiente, en ambientes de competencia donde ésta sea posible, y otorgando a través de la regulación señales para la ampliación de cobertura y la mejora en la calidad de los servicios públicos (pp.13-14).

Además de los cambios políticos y económicos, entre 1992 y 1993 surgieron en diferentes países problemas técnicos como los *black out*, los cuales demostraban la ineficiencia del sector eléctrico y la necesidad creciente de realizar inversiones en la infraestructura del mismo. Con el fin de adaptar los S.P.D. a los estándares de calidad internacional y permitir las inversiones extranjeras directas en la infraestructura necesaria para su prestación, en los años 90 se efectuó una transición: de empresas estatales verticalizadas a unidades de negocio separadas y privadas.

Dicha transformación fue plasmada e implementada a través de las leyes 142 y 143 de 1994, las cuales regulan la prestación de los S.P.D. y establecen normas de libre competencia para los agentes participantes. Esta normativa corresponde al régimen de derecho público, esencialmente proteccionista, dado que propende por el reconocimiento de derechos y garantías a los usuarios de servicios públicos frente a la empresa prestadora. Con el objetivo de buscar una modernización del sector energético, la CEPAL realizó estudio que definió los requisitos mínimos para una apertura competitiva de los mercados nacionales:

- (i) la libre competencia en la generación eléctrica, admitiendo dos procedimientos alternativos para nueva capacidad de generación (los procedimientos de autorización y de licitación respectivamente); (ii) la apertura gradual del mercado del suministro a los consumidores finales, de acuerdo al principio de la reciprocidad; (iii) la separación de la

contabilidad en empresas integradas verticalmente; (iv) la transparencia en las tarifas de acceso a las redes de transmisión y distribución, y (v) criterios para la aplicación de las obligaciones de servicio público. (CEPAL, 2001, p. 10)

Uno de los aspectos más problemáticos en la transición de los servicios públicos fue la adaptación de los antiguos monopolios estatales a la privatización. La intervención en la economía por parte del Estado fue de limitación y prohibió tales monopolios, a excepción de aquellos considerados ‘rentísticos’, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. Matias Camargo (2001) explica que los monopolios privados y su ejercicio de posición dominante sobre el mercado nacional están permitidos, “Lo que se prohíbe es el abuso de la misma y no su existencia (Art. 333) y deja a la liberalidad de la ley su regulación” (p. 171).

Estos mercados se habían caracterizado por ser monopolios naturales. Navarro y Moreno (2018) lo exponen así:

El monopolio de hecho se ha mantenido durante muchos años en la mayoría de los servicios públicos. En aquellos que exigían una infraestructura de red para su prestación (aguas, gas, electricidad, teléfono, transmisión de datos o señales, ferrocarriles de todo tipo, trolebuses, etc.), la justificación venía dada por la inconveniencia de duplicar las redes en estos sectores en los que se daban las condiciones económicas propias de un monopolio: disminución de coste con el aumento de la demanda y aumento del coste con pluralidad de oferta. (p. 217)

Por otro lado, de acuerdo con Rodríguez (1993), la duplicación del capital fijo en los servicios públicos por la existencia de más de una empresa en el mercado supondría un desperdicio de recursos “en el sentido de que cualquier situación de equilibrio obtenida con dos o más empresas podría lograrse con un menor coste con la existencia de una única empresa” (p.

21). Con base en los trabajos de autores como Baumol, Bailey, Panzar o Willing, Rodríguez asegura que “la existencia de economías de escala (elasticidad de coste ~ menor que la unidad) constituye una condición suficiente aunque no necesaria para la existencia de una situación de monopolio natural en un marco uniproducto” (p. 21).

Así las cosas, la ausencia de los monopolios estatales abrió el escenario para la inversión privada a través de los cambios introducidos al sector de los servicios públicos domiciliarios, un sector de la economía con unas condiciones particulares a las que debieron someterse las empresas prestadoras y que les permitían participar de toda la cadena del mercado de energía, mientras el Estado se reservaba las actividades de control, vigilancia y regulación del sector.

Los servicios públicos (...) se definieron como inherentes a la finalidad social del Estado, sin obligarlo a prestarlos directamente y estableciendo la posibilidad de que fueran prestados por particulares. Las graves deficiencias de la prestación de estos servicios, y la crisis generada por el apagón eléctrico de 1991, mejoraron la aceptación pública de las reformas. El racionamiento de energía puso en evidencia una serie de errores técnicos y de planeación, así como corrupción e inadecuadas decisiones políticas, hechos utilizados para insistir en la ineficiencia del sector público y “demostrar” que la privatización era la mejor de las soluciones. (Cuervo, 2005, pp.31-32).

El escenario de privatización incluyó la entrada de nuevos agentes al mercado de los servicios públicos y la creación de un marco normativo, regulatorio y de protección de los participantes, de tal manera que se consolidó la seguridad jurídica de este sector de la economía. Sus retos iniciales fueron mejorar la calidad de prestación de los servicios, ampliar la cobertura, modernizar las redes y generar eficiencia, lo que involucró la implementación de nuevos modelos contractuales y de mercado.

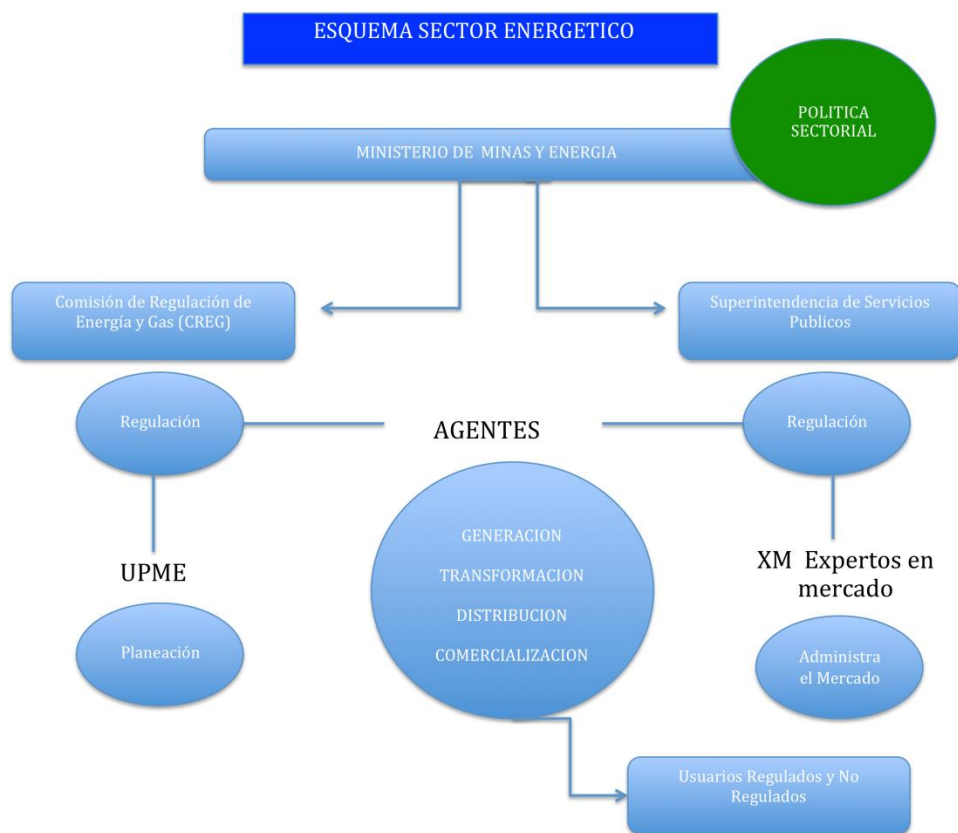
El proceso de reestructuración de la industria eléctrica obligó a construir un marco institucional alineado con los desarrollos tecnológicos, regulatorios y de mercado de dicha industria y de la economía en general. De este modo entró en funcionamiento un nuevo esquema comercial para el mercado competitivo de la energía, que se basaba en la participación privada y que trajo como consecuencias la creación de la bolsa de energía, la realización de contratos a largo plazo, el desmonte gradual de subsidios y la separación de las actividades de la industria (generación, transmisión, distribución y comercialización). Esto generó un incremento de la competencia en todo el sistema (Valencia, 2004).

Por lo anterior, fue necesario crear una nueva estructura institucional del sector eléctrico y definir el rol y la competencia de los nuevos organismos. En conformidad con el decreto 1141 de 1999, la política eléctrica se encuentra en cabeza del Ministerio de Minas y Energía. La Ley 143 de 1994 indica que la Unidad de Planificación Minero Energética (UPME) está encargada de la planificación eléctrica; a la Comisión de Energía y Gas (CREG) le fue asignada la función de emitir actos administrativos de carácter regulatorio, mientras el control y vigilancia de las actividades del sector están a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

También existen organismos encargados de la gestión técnica y comercial del sistema, que son el Centro Nacional de Despacho (CND) y el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC). Actualmente, estas funciones las tiene a cargo XM Expertos en Mercado (Moreno, 2012). Dentro del esquema se encuentran los agentes que participan en el mercado, como se ve en la siguiente figura, y los usuarios.

**Figura 1**

*Esquema del sector energético en Colombia*



*Fuente:* Elaboración propia.

El Estado colombiano dejó de ser un Estado empresario para asumir un nuevo rol de regulador, con el fin de organizar el mercado de energía y asegurar la libre competencia entre los agentes intervinientes. Al respecto de la importancia de la transformación surgida, el Dr. Sifontes (2003) ha indicado lo siguiente:

Los procesos de reforma regulatoria -que han formado parte de una agenda mucho más amplia denominada Reforma del Estado-, llevados a cabo en los países OCDE y de Latinoamérica, han puesto de manifiesto la importancia del diseño regulatorio, principalmente porque traen consigo una nueva visión del Estado basada en profundizar,



apoyar y complementar al mercado, contribuyendo de esta forma a reducir los costos de transacción surgidos de la información asimétrica asociados generalmente a sistemas de gestión burocrático-centralizados. (p. 11)

De acuerdo con Sifontes, las principales características de ese proceso han sido dos: primera, la liberalización de precios y el acceso a mercados que han estado restringidos por barreras a la entrada; segunda, el cambio de actividades al sector privado, que generalmente se llevaban a cabo por el sector público. Por otro lado, en la exposición de motivos presentada por el Gobierno nacional, que posteriormente se convirtió en la Ley 142 de 1994, se abordó la función reguladora del Estado de la siguiente manera:

(...) debe entenderse como la actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde este es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y , finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para competir (Palomo García, 2003 p.21).

Se entiende entonces que la regulación de S.P.D., a la luz de los principios constitucionales y la ley, es una forma en la que el Estado interviene en la economía con el objetivo de corregir errores de un mercado imperfecto y regular el ejercicio de la libertad de empresa, “así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquellos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias” (Valencia, 2004, p. 26).

Para ejercer esta función reguladora se crearon las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios, que aparte de regular aspectos de tipo técnico de cada servicio están encargadas de fomentar la competencia en el sector.

Las comisiones también son funciones de carácter preventivo. La primera, cuando las empresas vulneran los derechos de los usuarios en lo relacionado con temas derivados de la relación operador /usuario, esta competencia solo se puede ejercer en caso de que se compruebe el perjuicio. La segunda, referida con el establecimiento de mecanismos para evitar la concentración de la propiedad accionaria en el sector. La Ley tipifica abuso de posición dominante a las restricciones a la competencia por parte de cualquier operador público y privado y señala que el servicio se presta en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros. (Amador Cabra, 2008 p. 18)

Producto de todos los escenarios económicos y políticos surgidos (la ineficiencia del sector de los servicios públicos domiciliarios, la necesidad de modernización de sector energético y la posibilidad de participación de inversión privada) se llevaron a cabo cambios estructurales en el sector de los servicios públicos.

El proyecto de ley presentado por el Gobierno nacional al Congreso en 1991 hizo parte de este proceso generalizado de apertura económica y modernización del Estado. Pretendió, en su versión e intencionalidad originales, abrirle las puertas a la participación del capital privado, fuera este nacional o internacional y reducir el papel del Estado en la prestación de los servicios públicos. (Cuervo, 2005, p. 31)

En este contexto histórico y político fueron promulgadas las leyes 142 y 143 de 1994, también conocidas como la ‘ley de los servicios públicos domiciliarios’, que reglamentaron lo referente a la prestación de dichos servicios, régimen aplicable, agentes participantes, protección y defensa de los usuarios, entre otros temas. Con la promulgación de estas leyes se les permitió a particulares, comunidades organizadas y al Estado directa o indirectamente la prestación de los

servicios públicos domiciliarios; al mismo tiempo, el Estado les permitió a particulares intervenir en una actividad que, hasta esa fecha, era un monopolio. La Ley 142 de 1994 fijó el papel del Estado, que en adelante estaría enmarcado dentro de la regulación y control propendiendo por la calidad, cobertura y eficiencia, sin dejar atrás la obligación de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios públicos domiciliarios.

Sobre este asunto, la CEPAL (2001) indicó lo siguiente:

La reestructuración y privatización de las industrias de energía en América Latina han constituido una importante contribución al aumento sin precedente de la inversión extranjera directa en la región. Atraer capital (extranjero) privado ha sido un mayor motivo de la reestructuración del sector energético en América Latina, con algún contraste a Europa, donde los aspectos del mercado común y de la competencia han desempeñado un papel predominante. (p. 13)

Las normas señaladas se convierten entonces en un estatuto de protección para el usuario de los servicios públicos domiciliarios y establecen una presunción de tipo legal de la posición dominante que tienen las empresas prestadoras frente a estos, como se indicará en el capítulo 4 del presente documento<sup>1</sup>.

La Ley 142 de 1994 es una ley de intervención económica, como también lo es la Ley 143 o ley eléctrica- con orientación a la protección del usuario, es un verdadero estatuto del usuario. De los nueve fines de la intervención del Estado en los servicios públicos

---

<sup>1</sup> **CÓDIGO CIVIL ARTÍCULO 66. PRESUNCIONES.** Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

que señala el artículo 2° de la Ley 142 ocho van dirigidos a la protección del usuario. Por manera que el régimen de los servicios públicos domiciliarios comprenden no solo un estatuto propio de protección defensa del usuario frente al mercado como los demás sectores- libertad de competencia, no utilización abusiva de la posición dominante, prohibición de prácticas restrictivas, prohibición de monopolios- sino que además establece en favor del usuario un catálogo de disposiciones de protección, ya no frente al mercado, sino frente a la empresa que presta el servicio. (Palacios Mejía, 2002, p. 31)

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que las leyes 142 y 143 de 1994 son normas especiales que contemplan en su totalidad el tema de los S.P.D., incluyendo lo referente a temas de competencia, su aplicación y lo que se considera o no abuso de posición dominante en esta materia:

Las leyes 142 y 143 de 1994 son Normas Especiales de Derecho de la Competencia. La constitución económica de los servicios públicos prevista fundamentalmente en el capítulo V del Título XII de la Carta (arts. 365 a 370) exige un desarrollo legal especial, así lo ordenan todos y cada uno de estos preceptos constitucionales. En efecto, el artículo 365 CN además de fomentar condiciones favorables a la competencia entre quienes presten los servicios, de permitir la inversión privada en el sector y de redefinir el rol estatal en la prestación de los servicios públicos, asignó al legislador la definición de un régimen jurídico singular al cual han de someterse los prestadores, distinto de aquel que gobierna otros sectores económicos. Coherentes con este mandato constitucional, las leyes 142 y 143 de 1994 garantizaron la operación en igualdad de condiciones, sin privilegios que pudieran desincentivar la participación del sector privado, en orden a

asegurar la disponibilidad de una oferta eficiente de los distintos servicios públicos domiciliarios. (Sánchez Luque, 2010, p. 133)

En materia de S.P.D., la Ley 142 de 1994 delegó en las Comisiones de Regulación la función de velar por los temas de competencia en el sector. Para el caso particular, dentro de las funciones principales de la Comisión de Energía y Gas – CREG, adscrita al Ministerio de Minas y Energía- se encuentran la promoción de la libre competencia, la regulación de los monopolios y la defensa de los derechos de los usuarios.

Aunque estas reglas son aplicables a las empresas de servicios públicos domiciliarios, el hecho de que el constituyente hubiese advertido que la prestación de servicios públicos domiciliarios atiende problemas económicos y sociales muy peculiares, y que, por eso, hubiese querido crear normas especiales sobre la materia, exigía que también el legislador abordara el tema de las prácticas restrictivas de la competencia en forma especial para este sector. (Palacios Mejía, 2007, p. 44)

Por disposición expresa de la Ley 142 de 1994 se encuentran prohibidas las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas y el desarrollo de conductas y prácticas de competencia desleal. Igualmente, esta ley estableció un listado de conductas que pueden ser consideradas como abuso de la posición dominante de las empresas prestadoras frente a sus usuarios. En consecuencia, la disposición legal fija una presunción de la posición dominante que tienen las empresas prestadoras frente a sus usuarios según la argumentación del legislador, debido a la condición de desigualdad en la que se encuentra el usuario en la relación contractual. “El concepto de posición dominante está asociado a la capacidad de influir o determinar el comportamiento de un mercado de tomar decisiones frente a los usuarios en condiciones de ventaja” (Atehortúa, 2006, p. 272).

Dicha posición de las empresas prestadoras de servicios públicos está permitida siempre y cuando no se abuse de ella, tal como lo indica el artículo 34 de la Ley 142 de 1994. Llama la atención notar cómo una disposición legal *per se* determina que existe una posición dominante de las empresas prestadoras frente a sus usuarios, sin entrar a diferenciar las condiciones particulares entre usuarios, su especialidad, cantidad de consumo, capacidad o no de generación, experticia en la materia, entre otros. Conviene definir lo que se entiende por ‘usuarios’ en el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Según la definición del numeral 14.33 de la Ley 142 de 1994, “el Usuario del servicio es la persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio”.

Actualmente, los S.P.D. en Colombia comprenden los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural. El presente estudio se concentra en el servicio de la energía eléctrica, en el cual existen dos grandes categorías de usuarios que se indican a continuación a modo enunciativo, pues se explicarán al detalle en el capítulo siguiente: por un lado están los Usuarios Regulados, aquellos con baja demanda de energía, quienes no se consideran grandes consumidores de energía eléctrica y por consiguiente tienen reguladas sus tarifas por la CREG mediante la publicación mensual de tarifas máximas que deben tener en cuenta los comercializadores de energía en el contrato de condiciones uniformes que celebre con ellos. Por otro lado están los Usuarios No Regulados, que son grandes consumidores y se encuentran en los sectores industriales y comerciales; tienen las tarifas abiertas, en tanto que pueden negociar libremente la tarifa y la cantidad de energía a consumir. A diferencia del

mercado regulado, el precio de comercialización y generación se puede pactar libremente entre usuarios y la empresa prestadora.

Aunado a lo anterior, se constata dentro de la dogmática de los S.P.D. que Colombia adaptó un servicio competitivo derivado del artículo 365 de la Constitución, que vino a reflejar los cambios en la prestación de los servicios públicos al introducir la libre competencia, como se desarrollará más adelante.

Con la aplicación de la libre competencia a los servicios públicos se puede constatar que se puede desarrollar de dos formas distintas: con o sin asimetría de regímenes legales, todos los agentes económicos que exploten las actividades estarán sujetos a sanciones al régimen jurídico de servicio público. Por otro lado, en la competencia con asimetría, los agentes estarán sujetos a diferentes regímenes legales, con diferentes cargas de obligaciones.

Sin embargo, es cierto que la norma en la prestación de servicios públicos es la competencia. Y el hecho de que exista competencia (a pesar de la incidencia de la libre empresa en los servicios públicos) no desnaturaliza ni desmantela estos servicios, ya que el régimen legal (es decir, el derivado del derecho positivo) de estas actividades no las coloca bajo un régimen de exclusividad estatal, excepto en casos excepcionales. (Rhein, 2012, pp. 293 - 294)

El presente estudio se centra en analizar si, desde las actuales condiciones normativas y económicas, los usuarios de energía se encuentran en una posición de indefensión frente a las empresas prestadoras de este servicio, más aún si se tiene en cuenta que estamos frente a usuarios que pueden escoger libremente su comercializador de energía, gestionar su consumo,

generar su propia energía o desconectarse de la red, naciendo nuevos conceptos como *proconsumer (pro-consumidor)*.

En el siguiente capítulo se revisará la figura del usuario de los servicios públicos domiciliarios en el sector de la energía, su clasificación y los derechos y obligaciones frente a la empresa de servicios públicos.



## **Capítulo II: Los Usuarios del Servicio Público Domiciliario de Energía, Clasificación y Características**

Como se mencionó en el capítulo anterior, los usuarios del servicio de energía tienen unas características especiales y diferentes según el consumo de kilovatios (KW), su ubicación geográfica, su condición de vulnerabilidad y la generación de su propia energía. De igual forma, la legislación y la jurisprudencia han establecido que en atención a las diferentes características de los usuarios varía la relación jurídica que se instaura entre estos y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Zapata y Gil (2005) se refieren al tema de la siguiente manera:

(...) los receptores o beneficiarios de los servicios públicos domiciliarios, contexto conocido como de los usuarios o consumidores, cuya característica fundamental dentro del esquema de las finalidades del Estado Colombiano es la de ser del sujeto inmediato y permanente de todos los otros sujetos intervinientes y de la prestación efectiva y eficiente de los servicios. (p. 52)

Para el Dr. Santofimio Gamboa, el usuario de los servicios públicos domiciliarios es el beneficiario directo del servicio, el cual se ejecuta en su domicilio; como lo ha dicho la Corte Constitucional, “se trata de uno de aquellos que pretenden la satisfacción concreta de necesidades personales vinculadas a un inmueble específico” (Santofimio Gamboa, 2000, p. 25). Antes de revisar la clasificación de los usuarios según la legislación y la jurisprudencia, conviene mencionar los agentes que participan en el mercado eléctrico y su relación con los usuarios finales del servicio de energía.

## Agentes del Mercado Eléctrico en Colombia

XM Expertos en mercado<sup>2</sup>, creada como administradora del mercado eléctrico en Colombia, concibe el sector eléctrico en los siguientes términos:

El sector eléctrico se fundamenta en el hecho de que las empresas comercializadoras y los grandes consumidores adquieren la energía y potencia en un mercado de grandes bloques de energía, el cual opera libremente de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda. Para promover la competencia entre generadores, se permite la participación de agentes económicos, públicos y privados, los cuales deberán estar integrados al sistema interconectado para participar en el mercado de energía mayorista. Como contraparte, comercializadores y grandes consumidores actúan celebrando contratos de energía eléctrica con los generadores. El precio de la electricidad en este mercado se establece de común acuerdo entre las partes contratantes, sin la intervención del Estado. (XM, 2019)

Conforme lo indica la Unidad de Planeación Minero Energética UPME, los agentes que participan en el mercado de energía mayorista son los generadores y comercializadores (que actúan de manera activa) y los transportadores (que actúan de manera pasiva y se clasifican en transmisores y distribuidores).

**Generación:** La actividad de generación consiste en la producción de energía eléctrica, generalmente desde una central hidráulica o térmica conectada al Sistema Interconectado Nacional (SIN). Los generadores pueden transar en la bolsa de energía o mediante contratos con otros agentes generadores, comercializadores o con usuarios no regulados.

---

<sup>2</sup> XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. en adelante XM S.A. E.S.P., es una Empresa de servicios públicos mixta, constituida como sociedad anónima el 1 de septiembre de 2005, creada en virtud de las autorizaciones legales contenidas en el parágrafo 1 del artículo 167 de la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 848 del 28 de marzo de 2005, XM S.A. E.S.P. se encuentra sometida al régimen jurídico establecido en la Ley 142 de 1994 (Ley de Servicios Públicos Domiciliarios), la Ley 143 de 1994 (Ley Eléctrica) y en las normas del derecho privado.

De acuerdo con Álvarez y Tamayo (2006), los generadores se pueden dividir en cuatro grupos: los que poseen una capacidad igual o mayor a 20 MW y están conectados al SIN, los cuales deben realizar sus ofertas de energía para el Despacho Central 14; los que tienen un rango de producción entre 10 MW y 20 MW, que pueden participar en la Bolsa; los agentes autogeneradores, que son aquellas personas naturales o jurídicas que producen energía eléctrica en atención a sus propias necesidades, y los cogeneradores, identificados como personas naturales o jurídicas que producen energía a través de un proceso combinado de producción de energía eléctrica y energía térmica, la cual destinan para uso propio o de terceros en los ámbitos comercial o industrial. “Estos agentes pueden vender sus excedentes a la Bolsa de manera esporádica o permanente cumpliendo requisitos regulatorios” (p. 18).

**Transmisión:** Actividad relacionada con el transporte de energía eléctrica a través del Sistema de Transmisión Nacional (STN), que opera a tensiones iguales o superiores a 220 Kw. Los transmisores de energía deben permitir el acceso indiscriminado a los generadores y comercializadores a las redes de su propiedad. Interconexión eléctrica S.A. E.S.P. (ISA) es el mayor propietarios de la redes de transmisión nacional.

**Distribución:** Actividad relacionada con el transporte de energía eléctrica por conjunto de líneas o subestaciones que operan a niveles de tensión menores a 220 Kw y que pertenecen a sistemas de distribución municipales, distritales o locales. Actualmente todas las empresas distribuidoras son a su vez agentes comercializadores. “Se debe tener en cuenta que los agentes distribuidores y transportadores pertenecen a un mercado de monopolio natural, con economías de escala donde se incurren en altos costos tanto para la construcción de plantas y redes, como para la producción” (Álvarez y Tamayo, 2006, p. 19).

Dado que el interés de este capítulo radica en la caracterización de los usuarios y sus posibilidades de relacionarse jurídicamente con los agentes del sector eléctrico, se hace énfasis en la figura del comercializador, toda vez que es el agente de la cadena de producción de energía eléctrica que atiende directamente la demanda de energía.

**Comercialización:** En conformidad con la definición de la Ley 143 de 1994, la actividad de comercialización consiste en “la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados, que se sujetarán a las disposición previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente”. Según lo indicado, dicha actividad se centra en la intermediación entre los agentes que generan, transportan y distribuyen energía, y los usuarios finales y realizan las compras de energía en el mercado mayorista (MEM). De acuerdo con Pulido Sierra (2012), “La actividad es prestada por comercializadores puros, quienes se encargan únicamente de la compra de energía y venta al usuario final, pero también por empresas integradas verticalmente, cuyo caso más usual es el de comercializador-distribuidor” (p. 208).

El párrafo del artículo 7 de la ley antes mencionada dispone que la comercialización de energía solo puede ser desarrollada por aquellos agentes económicos que realicen algunas de las actividades de generación o distribución y por los agentes independientes que cumplan con las disposiciones de la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas. El comercializador podrá desarrollar su actividad tanto en el mercado mayorista con un grado de competencia o en el mercado no minorista, el cual abarca a los usuarios no regulados y los usuarios regulados, con un grado de competencia menor.

En la teoría, la comercialización se considera una actividad en competencia en la medida que cumple las condiciones económicas estructurales siguientes: hay un gran número de

comercializadores, la entrada y salida del mercado son libres, y la energía eléctrica es un bien homogéneo destinado al servicio público. (Moreno, 2012, p. 189)

De acuerdo con Harris (2006), desde finales de 1980 había sido tendencia mundial en el sector del suministro eléctrico la desregulación del mercado. En Europa, explica el autor, dicho proceso era impulsado por la legislación de la Unión Europea. Los objetivos de dicha regulación consistían en reducir el papel de los gobiernos en el sector, además de introducir competencia con el fin de aumentar la participación desde el lado de la demanda. Esto último significó la libre elección de un proveedor para usuarios de electricidad.

Makkonen et al. (2012) aseguran que la desregulación del mercado eléctrico se ha caracterizado por:

(...) reemplazar la regulación ineficiente de la generación y venta de electricidad por prácticas basadas en la competencia. Los sectores de transmisión y distribución de electricidad, por otro lado, típicamente han conservado sus posiciones de monopolio natural. En general, se considera que la competencia aumenta la eficiencia, reduce los costos y mejora la calidad. Un tema central cuando se consideran mercados de electricidad eficientes es la competitividad del mercado. Internacionalmente, los mercados de electricidad se han abierto a la competencia con el objetivo específico de garantizar inversiones basadas en el mercado en la generación de energía sin una regulación de la formación de precios. (p. 431)

Dentro de las actividades de los comercializadores se encuentran la compra y venta de energía eléctrica, medición, facturación, gestión comercial y promoción del uso eficiente y racional de la energía. Su relación con los usuarios se rige por un contrato de condiciones uniformes: pueden venderles a los no regulados a través de contratos bilaterales o negociar la

compra de energía a través de contratos de largo plazo con los generadores o en la bolsa de energía. El margen de ganancia dependerá de los contratos que realicen con los generadores y las transacciones en bolsa.

En consideración a que el intuito de la reestructuración del sector eléctrico fue atribuirle a la actividad de comercialización una fuerte competencia, como se explicó en el capítulo I, los comercializadores han acudido a distintas acciones entre las que están la optimización de los portafolios de compra de energía en el mercado mayorista, la ampliación de la cobertura de medición, la cualificación de los procesos de facturación, la recuperación de la cartera vencida y el mejoramiento de la atención a sus clientes (Interconexión Eléctrica ISA, 2002).

A principios de los años 90, el sector de los servicios públicos en Colombia era un terreno propicio para promover la competencia, especialmente en energía eléctrica y telecomunicaciones. A diferencia de muchos otros países en los que todas las actividades de estos sectores estaban concentradas en una o pocas empresas estatales que operaban en un mercado monopolístico de alcance nacional, en Colombia existía una multiplicidad de empresas públicas de todos los órdenes estatales operando monopolísticamente en segmentos de los servicios o en mercados territoriales de ámbito municipal o departamental. De acuerdo con Vélez (2006), hay seis estrategias principales para promover la competencia:

1. Aplicación generalizada del régimen de red abierta e interconexión.
2. Desintegración vertical y especialización por actividades.
3. Desarrollo competitivo de nuevos servicios.
4. Impulso a la comercialización independiente.
5. Fijación de una cuota máxima de mercado.
6. Apertura inmediata de algunos mercados.

Debido a la situación en la que se encontraba el sector era necesario incluir competencia. Ahí tomó relevancia la figura del comercializador puro, que apareció para disminuir las grandes inversiones que implicaba la participación en las actividades relacionadas con la prestación del servicio de energía. “El comercializador independiente -comprador mayorista y revendedor detallista de kilovatios, metros cúbicos o capacidad de transporte- aparece como figura idónea para reducir el nivel de inversiones requerido para entrar en la actividad” (Vélez, 2006, p. 157).

La competencia en la generación, transmisión y distribución de electricidad es necesaria para que exista equilibrio y se beneficien los usuarios finales. Es por este motivo, como lo exponen Bae et al. (2014), que en muchos países se han introducido modelos de competencia. “En un modelo de competencia minorista, un mercado de electricidad permite que muchos participantes, incluidos los clientes, compitan entre sí, a través de los cuales se pueden obtener beneficios monetarios y ambientales para los clientes y proveedores de servicios” (p. 252).

Como lo exponen Escudero y Botero (2006), la estructura del mercado de energía en Colombia permite que una empresa pueda ser, a la vez, de generación y de comercialización. Para esto debe separar la contabilidad y cumplir las disposiciones de la CREG. “Esta condición hace que una empresa de Comercialización-Generación integrada pueda soportar los contratos de Comercialización con los usuarios mediante contratos con su empresa de Generación” (p. 67). Según el autor, esto puede representar ventajas competitivas sobre las empresas de comercialización pura. Si bien el riesgo en el mercado es el mismo para todos los comercializadores, las empresas de Comercialización-Generación enfrentan un riesgo menor debido a que su negocio de generación podría beneficiarse de una eventual pérdida en el negocio de comercialización.

La figura del comercializador surgió como un incentivo a la competencia dado que no se encuentra dentro de la estructura del negocio y su objetivo es favorecer al usuario.

Respecto a las bases conceptuales para la remuneración de la comercialización de energía eléctrica para usuarios regulados, la Resolución No. 110 de 2019, de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) del Ministerio de Minas y Energía, indica lo siguiente: “Puesto que se trata de aspectos de mercado, distintos a los aspectos operativos de la cadena tradicional, se modifica la estructura para introducir la figura del comercializador” (p. 7). Cabe mencionar lo expuesto por Bae et al. (2014):

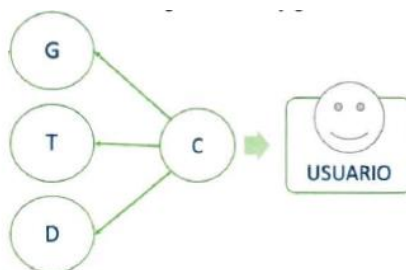
Tradicionalmente, la industria eléctrica tenía una cadena de valor unidireccional de la generación, transmisión, distribución y venta minorista (cliente) desde la fuente de energía hasta el uso final. En tal paradigma, los clientes pueden recibir electricidad a través de un proveedor monopolizador. Sin embargo, en un modelo de competencia minorista, las funciones de generación y venta minorista de electricidad están separadas de los proveedores monopolizadores. Los proveedores tradicionales simplemente poseen y operan sus redes de transmisión y distribución, y otros participantes (propietarios de generadores y minoristas) emplean las redes de transmisión y distribución para proporcionar diferentes servicios de electricidad a los clientes. (p. 254)

La siguiente figura muestra la estructura de negocio para la prestación del servicio de energía y gas.



## Figura 2

*Estructura actual del negocio de prestación de servicios públicos domiciliarios de energía y gas combustible*



*Fuente:* Elaboración propia.

El comercializador de cara al usuario se encarga de representarlo, gestionar su acceso a las redes de distribución, suscribir los contratos de prestación de servicios, entre otros. La Figura 3 muestra los procesos asociados a la comercialización y aquellos subprocesos que entrarían como resultado de los avances tecnológicos y cambio del mercado.

## Figura 3

*Procesos y subprocesos de la actividad de comercialización de energía*



*Fuente:* Elaboración propia.

El comercializador también tiene dos campos de acción: por una parte, de cara al mercado de energía; por otra, al usuario. Así las cosas, su función está claramente definida como

una labor de intermediación entre el servicio público de energía y el mercado mayorista. “Es el comercializador quien asume los costos de búsqueda de la compra a nivel mayorista, los costos de transacción asociados a la gestión contractual y la gestión de riesgo de variabilidad de precio del mercado” (Resolución No. 110 de 2019, p. 8).

La comercialización de energía ha tenido desde su creación un papel importante en cuanto a conectar el mercado de energía con los usuarios finales, permitiendo que dos actores (oferta y demanda) logren comunicarse en la búsqueda de maximizar el beneficio del mercado. Sin embargo, esta actividad se ha visto frenada por factores de mercado, regulatorios y financieros que no le han permitido un mejor desarrollo.

Una de las barreras más grandes que ha encontrado la figura del comercializador puro para desarrollar su actividad es el poder del mercado frente a las empresas que se encuentran integradas. Como ‘comercializadores integrados’ se entienden aquellos que realizan otras actividades de manera simultánea, como la distribución o la generación de electricidad. Por su lado, los comercializadores independientes o puros son aquellos que se dedican exclusivamente a esta actividad. “Los dos tipos de comercializadores compiten por el Mercado No Regulado en libertad de condiciones; y por el Mercado Regulado en condiciones definidas por la regulación, sin discriminar entre usuarios” (Resolución 068 de 2002).

El mercado de comercialización inicialmente es atendido por el comercializador que se encuentra integrado o “incumbente”. Este atiende los usuarios conectados a la red de distribución local del mercado, pero estos usuarios pueden ser disputados por otros comercializadores integrados o no, al existir libertad de entrada y salida de los mismos.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> RESOLUCIÓN CREG 68 DE 2002 Bases y principios para la determinación del cargo regulado de comercialización de electricidad.

El problema del poder de mercado en el sector eléctrico no es nuevo, y aunque reconoce la importancia del monopolio vertical, siempre ha habido un reconocimiento de la importancia del poder de mercado horizontal en la generación. Por ejemplo, hace varios años, Joskow y Schmalensee (1990) describieron los problemas que deben abordarse al considerar la eficiencia de la competencia y las implicaciones del poder de mercado. (Cardell et al., 1997, p. 111)

Las situaciones indicadas muestran las dificultades que tienen los comercializadores puros frente a aquellos que se encuentran integrados, lo que los pone en una posición de desventaja. Como lo exponen Cardell et al. (1997), “puede haber situaciones en las que un propietario de generación de electricidad ejercería poder de mercado al aumentar su producción para "reprimir" una cantidad desproporcionada de generación competidora” (p. 110).

En el sector energético, el generador puede establecer el precio según su conveniencia. Cuando la actividad de generación y comercialización se encuentra integrada, el generador integrado se lleva la ventaja competitiva frente a los que no lo están. Así, queda demostrado que el poder de mercado horizontal sigue siendo una dificultad para un mercado de electricidad competitivo.

Cuando el generador tiene la capacidad de retrasar la producción o venta de electricidad, el costo de oportunidad de generación en cualquier período de negociación incluye el costo marginal operativo y el valor de la opción de retrasar. Esta capacidad es proporcionada por el almacenamiento. (Evans, 2017, p. 26)

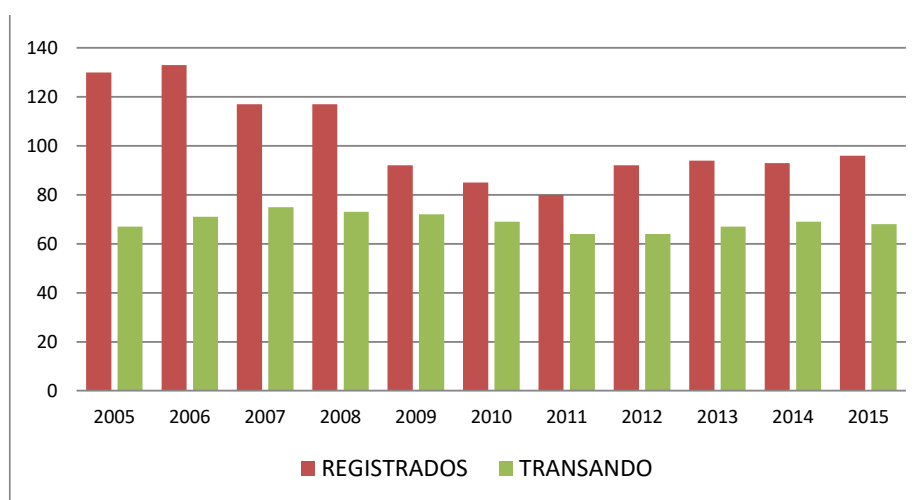
Otra situación que pone al comercializador puro en desventaja frente a los demás comercializadores es el acceso a las redes de transmisión. Como lo expresan Cardell et al. (1997):

En su implementación del EAct, FERC ha enfatizado el problema de apoyar la competencia al eliminar el poder de mercado creado por el monopolio vertical a través del control del sistema de transmisión. Abrir el acceso a la red de transmisión a través de la separación funcional fue el enfoque inicial de la política para lidiar con esta forma de poder de mercado. El elemento esencial es la garantía de FERC de acceso abierto a los sistemas de transmisión, lograda a través de tarifas de transmisión obligatorias, no discriminatorias y comparables. (p. 115)

Dado lo anterior, es importante determinar el estado de la comercialización en Colombia (indicadores) y lo que se espera de la actividad, para poder identificar los puntos a los que se debe prestar atención para su desarrollo en el país. Con base en la información histórica publicada por el administrador del sistema (XM) en los informes de operación del SIN y administración del mercado disponible a partir de 2005 se puede graficar la evolución de los comercializadores en los últimos 10 años.

#### Figura 4

*Histórico anual comercializadores registrados y transados*



*Fuente:* Achicanoy (2017).

Según la Figura 4, en 2006 se presentó el mayor número de agentes comercializadores registrados en el mercado energético de Colombia, incluidos los integrados. En 2015, luego de nueve años, esta cifra descendió. El número de agentes efectivamente realizando operaciones comerciales en el mercado también disminuyó en 2015 con respecto al año anterior, mientras que 2007 fue el año que presentó mayor cantidad de agentes transando. El gráfico permite concluir que en los 10 años que abarca no se presentaron incrementos significativos o constantes en la cantidad de agentes comercializadores en el mercado ni en aquellos efectivamente realizando operaciones comerciales. Aunque la reforma del sector en 1994 buscaba brindar beneficios derivados del incremento de la competencia, la comercialización no ha evolucionado como se esperaba.

(...) los comercializadores “puros” (son) aquellos que incentivan el modelo de competencia en el mercado por su gestión comercial de consecución de clientes y ofrecimiento de nuevos esquemas de atención y servicios de valor agregado. El comercializador tradicional generalmente atiende su propio mercado y es poca la gestión de retención de su demanda o apertura hacia nuevos mercados. (Achicanoy, 2017)

### **Clasificación de los Usuarios del Servicio Público de Energía Eléctrica**

Para el régimen de los S.P.D., el usuario es aquella persona natural o jurídica que se beneficia de un servicio público. Se debe usar la expresión ‘usuario’, “que es propia del derecho administrativo y de la teoría del servicio público y no el término “cliente” propio de la economía de mercado” (Atehortúa, 2006, p. 76). Lo anterior denota la importancia que le da la legislación al usuario de los S.P.D. al establecer un régimen de derecho público para la protección de sus derechos, especialmente en lo que se refiere a las actuaciones del usuario frente a las empresas prestadoras donde se debe garantizar el cumplimiento del debido proceso.

**Tabla 1***Clasificación de los Usuarios del Servicio Público de Energía Eléctrica*

CRITERIO	TIPO DE USUARIO	DESCRIPCIÓN
CONSUMO	REGULADO	Usuarios con demanda inferior a 55 MHW/mes, en este caso la tarifa es regulada y aprobada por la CREG
	NO REGULADO	Todos usuarios que tengan demanda igual o superior a 55 MWH/mes, se permite pactar libremente los componente de generación y comercialización
GEOGRAFICO	RURALES	Area Rural de Menor Desarrollo: Es el área perteneciente al sector rural de un municipio o distrito que reúne las siguientes características: (i) presenta un índice superior a cincuenta y cuatro punto cuatro (54.4), conforme con el indicador de las Necesidades Básicas Insatisfechas publicado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística y (ii) está conectada al circuito de alimentación por medio del cual se le suministra el servicio público de energía eléctrica. Decreto 111 de 2012, art. 2°
	ZONAS NO INTERCONECTADAS	Las zonas no interconectadas (ZNI) son los municipios, corregimientos, localidades y caseríos no conectados al Sistema Interconectado Nacional (artículo 1 de la Ley 855 de 2003). Por ejemplo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Leticia en el Amazonas, Capurganá en el Chocó, Puerto Carreño en el Vichada y Mitú en el Vaupés. <a href="https://www.creg.gov.co/sectores/energia-electrica/zonas-no-interconectadas">https://www.creg.gov.co/sectores/energia-electrica/zonas-no-interconectadas</a>
	BARRIOS SUBNORMALES	Es el asentamiento humano ubicado en las cabeceras de municipios o distritos que reúne los siguientes requisitos: (i) que no tenga servicio público domiciliario de energía eléctrica o que éste se obtenga a través de derivaciones del Sistema de Distribución Local o de una Acometida, efectuadas sin aprobación del respectivo Operador de Red ; (ii) que no se trate de zonas donde se deba suspender el servicio público domiciliario de electricidad, de conformidad con el artículo 139.2 de la Ley 142 de 1994, las normas de la Ley 388 de 1997 y en general en aquellas zonas en las que esté prohibido prestar el servicio y, iii) Certificación del Alcalde Municipal o Distrital o de la autoridad competente en la cual conste la clasificación y existencia de los Barrios Subnormales, la cual deberá ser expedida dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la respectiva solicitud efectuada por el Operador de Red. Decreto 111 de 2012, art. 2°
USO	RESIDENCIAL	Se refiere a los usuarios ubicados en los estratos 1 al 6 cuya asignación es realizada por planeación municipal o quien corresponde en cada municipio o distrito.
	COMERCIAL	Enjercen actividades comerciales previamente definidas en la ley.
	INDUSTRIAL	Enjercen actividades industriales previamente definidas en la ley.
	PROTECCION ESPECIAL	Son los que por la actividad que prestan y el beneficio que tienen terceros, la jurisprudencia les ha dado una protección especial, en donde el servicio de energía no puede llegar a ser suspendido, entre ellos se ubican, clínicas, instituciones penitenciarias y carcelaria etc...
	ESPECIALES	La ley les han concedido algunos beneficios especiales por la actividad desarrollan, tales como clínicas, puestos y centros de salud, instituciones educativas y asistenciales sin ánimo de lucro.
ACTIVIDAD DE GENERACION	CONGENERACION	Acción combinada de genera vapor para un proceso productivo y para generar energía, ya sea para consumo propio o para inyectar a la red.
	AUTOGENERACION	Usuario que produce energía para atender total o parcialmene su demanda

Según la Resolución CREG 108 de 1997, el usuario del servicio es definido como “Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor”. La principal clasificación de los usuarios del servicio de energía surge del consumo que realicen. En este sentido, se tiene la siguiente distinción:

**Usuarios regulados:** Personas naturales o jurídicas. La tarifa de energía está regulada por la CREG y deben comprar la energía a la empresa comercializadora que haga presencia en la zona geográfica en la que se encuentran. La relación jurídica con la empresa prestadora se acuerda a través de un contrato de condiciones uniformes al cual adhieren los usuarios. En este segmento se encuentran, en su mayoría, los usuarios residenciales.

El costo de prestación del servicio es fijado por la CREG para todas las actividades de la cadena del servicio. En esta clasificación se encuentran la mayoría de los usuarios comerciales. Algunos industriales, oficiales, y los residenciales diferenciados por estratos socioeconómicos. (Comisión de Regulación de Energía y Gas, 2004, p.14)

**Usuarios no regulados:**

Personas naturales o jurídicas que tienen altos consumos y corresponden principalmente a los sectores industrial o comercial. Pueden comprar la energía al comercializador de su preferencia o negociarla de manera directa con los generadores. La resolución CREG 131 de 1998, artículo 1, indica que los usuarios no regulados son:

(...) una persona natural o jurídica con una demanda máxima superior a un valor en MW o a un consumo mensual mínimo de energía en MWh, definidos por la Comisión, por instalación legalizada, a partir de la cual no utiliza redes públicas de transporte de energía

eléctrica y la utiliza en un mismo predio o en predios contiguos. Sus compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente entre el comprador y el vendedor.

Como se ha señalado, un usuario no regulado cumple con unos requerimientos de demanda o potencia máxima que le permiten realizar sus compras de electricidad a precios acordados libremente. Un usuario con tales requerimientos de demanda o potencia, en principio, no se encuentra clasificado como usuario residencial, razón por la cual el mismo debe ubicarse en la clasificación de usuario no residencial (Concepto Unificado SSPD No. 38 de 2020).

El precio de compra de energía puede ser acordado. Según la Comisión de Regulación de Energía y Gas (2004), es posible negociar libremente los costos de las actividades pertenecientes a la cadena del servicio y relacionadas con la generación y la comercialización de la energía.

“Pueden ser usuarios no regulados aquellos con la demanda máxima superior a 0.1 MW o con un consumo mensual de energía mínimo de 55 MWh. En este nivel de consumo se encuentran los industriales y comerciales que son grandes consumidores” (p. 14).

Al respecto, Steiner (2001) indica que los precios industriales “son más bajos en relación con los precios residenciales en aquellos países que han llevado mayor separación de generación y transmisión, que han implementado regímenes de acceso de terceros y que han establecido un mercado mayorista al contado” (p. 33).

Según los doctores Escudero y Botero (2006), a los usuarios regulados se les denomina con este nombre “porque en su tarifa los cargos de generación y comercialización no están regulados por la CREG, sino que son acordados mediante un proceso de negociación entre el usuario y el comercializador” (p. 61). Es importante aclarar que los demás componentes de la tarifa para los usuarios no regulados siguen siendo cargos regulados por la CREG (distribución, transmisión y otros), tal como se les aplica en la fórmula tarifaria de los usuarios del mercado



regulado que se detallará en el capítulo III de la presente investigación. Al respecto, la Resolución CREG 131 de 1998 particularizó qué usuarios pueden acceder a esta condición regulatoria y estableció que aquellos que tengan un límite de potencia o energía mensual del 0.1 MW o 55 MWh podrán solicitar ofertas en el mercado no regulado, no solo a su actual comercializador sino al que mejor precio le ofrezca en los cargos de libre negociación.

Sobre esta clasificación, los doctores Zapata y Gil (2005) han indicado lo siguiente:

(...) en la práctica mientras el primero, en razón de la cantidad de energía que compra, debe sujetarse a un régimen de regulación establecido por la correspondientes Comisión de regulación, en el segundo caso, con fundamento en esta misma consideración y por revestir el carácter de grandes usuarios se le somete a un régimen de negociación de energía eléctrica, considerando de libertad o de precios no regulados (p.60).

En este sentido, es pertinente señalar que la regulación aleja a los usuarios no regulados de las prácticas abusivas por parte de los prestadores del servicio de energía, puesto que tienen la facultad de negociar libremente las condiciones particulares del contrato de prestación de servicios, como la tarifa. La negociación ocurre en un mismo plano de igualdad, con autonomía e independencia respecto a los usuarios regulados, quienes deben someterse a una tarifa y a las condiciones de la prestación ya regulada. Si bien es cierto que a los usuarios no regulados se les aplica el contrato de condiciones uniformes, también lo es que pueden negociar componentes de la fórmula tarifaria y condiciones especiales de la prestación del servicio. Lo anterior se fundamenta en la autonomía de la voluntad que gozan los usuarios no regulados.

Ambos tipos de usuarios pueden escoger libremente su comercializador de energía o cambiar cuando consideren que el servicio que se provee no es eficiente.

La salida es la primera de las opciones que se destaca en el nuevo sistema de servicios públicos domiciliarios. Es decir, todos aquellos mecanismos que buscan brindar a los usuarios la posibilidad de pasarse para otra empresa cuando lo consideren adecuado. Esto debido a la sugerencia que hace la teoría económica de que la mejor situación para los usuarios sería la competencia perfecta; esta situación le permite enfrentar a los clientes los fallos en el servicio a través del desplazamiento a otra empresa. (Valencia, 2006, p. 130)

Lo anterior muestra cómo los usuarios no regulados, comerciales e industriales cuentan, desde la ley y la regulación, con características y facultades particulares que les permiten negociar en igualdad de condiciones con su comercializador de energía, no solo la tarifa (como ya se ha mencionado) sino también aspectos particulares relacionados con la prestación. Esto los pone en una posición comercial y contractual simétrica con el prestador del servicio de energía eléctrica.

Ahora, es claro que la ley y la regulación en primer lugar señalan que los usuarios del servicio de energía eléctrica son regulados y no regulados en razón a su consumo, como se manifestó con anterioridad; a algunos de estos usuarios, por vía jurisprudencial, se les han concedido protecciones especiales que los alejan en mayor proporción de ser inmersos en supuestas prácticas abusivas, lo que permite que sean más vulnerados los derechos de los prestadores que de los mismos usuarios<sup>4</sup>.

La Superintendencia de Servicios Públicos indica que la ley de servicios públicos ha determinado con claridad que nadie está exento del pago de los S.P.D., pero la jurisprudencia constitucional ha señalado que a las entidades estatales como alcaldías, gobernaciones, colegios,

---

<sup>4</sup> Sentencia T-881 del 17 de octubre de 2002 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett)

cárceles, policía y hospitales no se les puede suspender el servicio si esto viola derechos fundamentales. Dicha suspensión generaría un conflicto en el principio de la prevalencia del interés general sobre los intereses económicos, y podría afectar el principio de la continuidad del servicio. Por lo anterior, las empresas prestadoras de S.P.D. deben acudir a otros mecanismos legales para realizar el cobro a las entidades públicas. No obstante, la doctrina de la propia Corte Constitucional sugiere que en cada caso concreto se determine la legitimidad de la aplicación de la causal de suspensión del servicio, pues no se puede desconocer la obligación que tienen las entidades públicas de pagar dichos servicios para no avalar un enriquecimiento sin causa, en detrimento del prestador del servicio público. En la Sentencia C-150 de 2003 se explica lo siguiente:

La jurisprudencia constitucional ha impedido que en ciertas situaciones específicas la empresa de servicios públicos suspenda de manera abrupta el servicio, cuando las personas perjudicadas son especialmente protegidas por la constitución. También ha advertido que a los bienes especialmente protegidos no se les puede cortar el servicio público domiciliario por falta de pago.

Como bien se dijo, a los usuarios con protección constitucional se les ha otorgado jurisprudencialmente un tratamiento especial en tanto tienen unas condiciones distintivas en materia de continuidad de la prestación del servicio. Por ese motivo, reciben un tratamiento preferente frente a los demás usuarios, lo que deriva en que los servicios de energía no se les pueden suspender y la terminación del contrato de condiciones uniformes solo procede previo agotamiento de la vía administrativa de conformidad con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 142 de 1994<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> ARTÍCULO 141. INCUMPLIMIENTO, TERMINACIÓN Y CORTE DEL SERVICIO. El incumplimiento del contrato por un período de varios meses, o en forma repetida, o en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros, permite a la

La Corte Constitucional ha reiterado que la E.S.P. tiene la potestad legal, con base en el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, de suspender el servicio ante la mora en el pago de las facturas como mecanismo de coacción para evitar el aumento de la cartera morosa. Sin embargo, si esta no procede, por tener una condición especial deberá facilitar a sus usuarios la opción de suscribir acuerdos de pago que guarden proporción de sus ingresos. Especialmente aquellos que afrontan condiciones de extrema pobreza.

En este orden de ideas, cuando la suspensión del servicio afecte los derechos de sujetos especialmente protegidos (menores de edad, ancianos, discapacitados y mujeres embarazadas), las E.S.P. deben continuar prestando el servicio así el usuario presente mora en el pago de sus obligaciones. Dado que el servicio de energía debe tener una característica de continuidad por disposición de la Corte Constitucional, las E.S.P. tampoco pueden suspenderlo de manera pasajera, sobre la base de que exista el incumplimiento de las obligaciones económicas que le corresponden asumir a los usuarios, más aún cuando la suspensión del suministro implique la afectación o vulneración de un derecho fundamental.

Desde el punto de vista de la empresa prestadora, y no menos importante, el incumplimiento reiterado del pago de las facturas del servicio de energía atenta contra su viabilidad financiera y pone en peligro la prestación adecuada y continua del mismo. Se encuentra entonces una situación con dos alternativas: que el usuario esté constitucionalmente en una posición de desventaja ante las E.S.P. o que exista la protección suficiente para garantizar sus derechos y la empresa prestadora resulte afectada cuando los usuarios no puedan cancelar los consumos de energía, teniendo en cuenta que la energía y otros componentes de la tarifa ya fueron pagados por las empresas prestadoras a los agentes correspondientes, tales como la

---

empresa tener por resuelto el contrato y proceder al corte del servicio. En las condiciones uniformes se precisarán las causales de incumplimiento que dan lugar a tener por resuelto el contrato.

generación y la trasmisión. A la E.S.P. solo les queda la vía judicial para tratar de recuperar los valores dejados de pagar por sus usuarios e informar a la Procuraduría las omisiones de los servidores públicos cuando se trate de entidades públicas, para que inicie las investigaciones disciplinarias procedentes. Ahora, para el tema en estudio es importante indicar cuál es la relación de la empresa prestadora del servicio de energía con sus usuarios y los derechos que estos tienen, los cuales se encuentran definidos en la ley y la regulación.

La Resolución CREG 108 de 1997 establece los criterios generales de protección a los usuarios de energía y gas, entre los que se destacan los siguientes: primero, la libre elección del prestador del servicio dentro de las alternativas existentes, según sus necesidades, requerimientos de suministro y tarifa; segundo, otros criterios destacados como el de queja y reclamo, que indica que la E.S.P. está en la obligación de atender, tramitar y solucionar en forma oportuna las quejas, peticiones y recursos que presenten sus usuarios; tercero; el de acceso al servicio, entendido como el derecho que tiene todo usuario de ser atendido por la E.S.P. sin que esta pueda negarle la prestación del mismo, lo que no impide que se puedan acordar estipulaciones especiales con algunos usuarios que tengan características particulares, y cuarto, el criterio de facturación oportuna, que indica que los usuarios tienen derecho a conocer oportunamente los valores que deben pagar por el suministro de energía y, en consecuencia, los contratos de condiciones uniformes establecerán la forma como se entregarán las facturas.

Como se mencionó con anterioridad, las relaciones entre usuarios y E.S.P. se rigen por un contrato de condiciones uniformes, el cual se caracteriza por ser consensual y uniforme para todos sus usuarios. Forman parte de este contrato no solo las estipulaciones escritas sino todas aquellas que la empresa prestadora aplique de manera uniforme a sus usuarios y las que sean objeto de acuerdos especiales con algunos. Dentro de las garantías que contiene la legislación de

S.P. para la defensa de los derechos de los usuarios se encuentra la vía administrativa que se adelanta en las E.S.P.: por mandato legal, los usuarios pueden ejercer sus derechos cuando los sientan vulnerados por las E.S.P. y manifestar su inconformidad ante las mismas; si estos continúan en desacuerdo pueden solicitar, a través de actuaciones administrativas, que la entidad de inspección, vigilancia y control revise estas decisiones que afectan la prestación del servicio y la ejecución del contrato.

Los usuarios son sujetos activos y partícipes de la prestación del servicio. Por disposición de la Ley 142 de 1994 se establece que en todos los municipios del país deben existir los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos. Dichos comités nacen por iniciativa de la comunidad y son una clara muestra de la participación ciudadana. Dentro de sus funciones principales se encuentran proponer planes a las E.S.P. para resolver problemas de la prestación del servicio, participar en las decisiones que se tomen en materia de estratificación, estudiar y analizar los montos de subsidios que debe conceder el municipio a los usuarios de menores ingresos, entre otros.

Como bien se ha mencionado, los usuarios del servicio de energía cuentan con las herramientas legales y regulatorias para la defensa de sus derechos frente a la empresa prestadora; como se vio en el caso de los usuarios no regulados, la legislación sobre la materia les permite pactar las condiciones particulares de suministro y especiales de los contratos, tema que se desarrollará más adelante. Los usuarios del mercado no regulado pueden contratar el suministro de la energía directamente con los generadores o con el comercializador de su preferencia, obteniendo ahorros significativos en la tarifa. Muchos de ellos cuentan con asesores expertos y tienen la posibilidad de gestionar su consumo y decidir en qué momento se consume o no energía, además de tener el conocimiento legal y regulatorio del sector. Por lo anterior, no es

tan clara la presunción legal de existencia de una posición dominante de este tipo de usuarios frente a la E.S.P.

Lo mismo ocurre con los usuarios que gozan de una protección constitucional, pues en algunos casos se produce un abuso con base en su condición, lo que pone a la empresa prestadora en una posición de desventaja donde el único camino para hacer valer sus derechos y obligaciones es la vía judicial. Para determinar qué obligaciones y derechos tienen tanto los usuarios como las empresas se revisará qué tipo de contratos y disposiciones legales rigen las relaciones jurídicas entre unos y otros.

### **Capítulo III: Régimen Contractual de las Empresas Prestadoras del Servicio de Energía y Relación Contractual con los Usuarios**

El régimen de contratación de las empresas de servicio público de energía, en conformidad con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, se rige por el derecho privado y sus conflictos se dirimen ante la jurisdicción ordinaria<sup>6</sup>. En consecuencia, sin considerar la participación en el capital social de las entidades estatales en las E.S.P., los actos de las empresas prestadoras se regirán por el derecho común.

Como se indica en el Fallo 17907 de 2012:

Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993. (...) el régimen aplicable a los contratos celebrados por los prestadores de servicios públicos domiciliarios (...) debe catalogarse como "mixto", pues está integrado tanto por normas propias del derecho privado como del derecho público. Por lo tanto, sólo en los casos en que la Ley 142 de 1994 de manera expresa lo disponga, el régimen de contratación será el del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

---

<sup>6</sup> ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado (Congreso de la República de Colombia, 1994).



Las E.S.P. emiten decisiones que se consideran verdaderos actos administrativos debido al impacto que tienen en la prestación del servicio público y a su carácter unilateral. Dichos actos son susceptibles de recursos en lo que respecta a la negativa a la prestación del servicio, la suspensión o terminación del contrato, facturación y corte. Los actos que emiten estas empresas tienen un carácter especial toda vez que buscan garantizar los derechos fundamentales. Deben resaltarse las garantías que ofrece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. De acuerdo con Gil (2005), “los servicios públicos pueden ser prestados por particulares y están sometidos al mercado bajo la libre competencia entre los operadores, sin que ello implique que el Estado se desentienda de las garantías de los suscriptores o usuarios” (p. 89)

En consecuencia, la Constitución y la Ley 142 de 1994 consagran los derechos que tienen los usuarios de S.P.D. para ejercer la defensa de sus derechos relativos al contrato de prestación de servicios públicos. Es así como toda empresa prestadora deberá tener una oficina de peticiones, quejas y recursos para atender, tramitar y responder solicitudes que presenten sus usuarios en relación con el servicio (García, 2010). A continuación se describirán el tipo de régimen que rige la prestación del servicio de energía y las principales formas contractuales para analizar la relación empresa – usuario.

Frente a la relación contractual entre las partes, el jurista Hugo Palacios Mejía explica que uno de los aspectos más originales de la Ley 142 de 1994 es reconocer que en la medida en que las empresas de servicios públicos dejan de actuar como órganos de la administración y pasan a comportarse como entes privados en un régimen de competencia, “sus relaciones con los usuarios no pueden analizarse como si surgieran de reglamentos obligatorios, sino que deben considerarse como expresión de un contrato” (Palacios Mejía, 1999, p.162).

Como se ha reiterado, una de las características de los contratos de prestación de servicios públicos es que son contratos de condiciones uniformes. Al respecto, Palacios Mejía (1999) señala lo siguiente: “El marco conceptual que mejor tiene en cuenta esas realidades, para facilitar, en forma eficiente, las relaciones entre el prestador y el usuario, es el de los llamados contratos consensuales” (p. 163). Dichos contratos son de condiciones uniformes y desde la perspectiva clásica se llamaron contratos de adhesión. El jurista dice que este tipo de contratos tampoco puede contener cláusulas exorbitantes, para evitar que el prestador del servicio obre con abuso de la posición dominante. Concluye que la relación entre el prestador y el usuario es una típica relación comercial.

La Ley 142 de 1994 dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución, los actos de “todas las empresas de servicios públicos (...) se regirán exclusivamente por las reglas de derecho privado”. Esta regla se repite en el párrafo del artículo 8 de la Ley 143 de 1994 al preceptuar que la contratación de las empresas públicas que presten el servicio de electricidad se rige por el derecho privado, previsión que implica aseverar *a fortiori* que ese mismo régimen cobija a las empresas privadas que prestan tal servicio.

La Ley 143 de 1994 no exige solemnidades para perfeccionar los contratos que celebren con ocasión de la generación, interconexión, transmisión, distribución o comercialización de energía eléctrica, razón por la que esos negocios jurídicos han de tenerse como contratos consensuados. En consecuencia, esos contratos no requieren formalidades, pero las partes pueden convenir lo contrario. Es así como la legislación permite que los usuarios no regulados pacten condiciones especiales relacionadas con las tarifas y servicios de valor agregado que pueda ofrecer la empresa.

Entre los contratos que pueden suscribir las E.S.P. se encuentran aquellos que celebran los prestadores en el giro ordinario de su actividad y a los que se alude en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el 3° de la Ley 689 de 2001, en el cual se establece que el régimen de los mismos es el derecho común (Atehortúa, 2006). Por lo anterior, se concluye que el régimen contractual aplicable a los contratos de servicios públicos es el derecho privado y solo en los casos contemplados en la ley de manera taxativa se aplicará el régimen de derecho público.

En el régimen de los S.P.D. se encuentran también los contratos especiales del sector, descritos en el artículo 39 de la ley de servicios públicos. Para estos, el legislador establece su régimen de derecho público o privado teniendo en cuenta el tipo de contrato y el objeto señalado en la norma, independientemente de la naturaleza jurídica de la empresa prestadora del servicio público (Palacio Hincapié et al., 2006). Es decir que para efectos contractuales en materia de servicios públicos es irrelevante que la empresa sea oficial, mixta o privada, toda vez que lo que se considera es la regla general del régimen privado.

Uno de los aspectos importantes de las reformas del sector eléctrico fue la eliminación de la integración vertical, separando la actividad en cuatro negocios: generación, transmisión, distribución y comercialización. Esta separación se refleja en la fórmula tarifaria a la cual se trasladan los costos de cada una de ellas. El precio de la generación (G) se determina en el Mercado de Energía Mayorista –MEM– en el que participan los generadores, los comercializadores y los usuarios no regulados (...). Este mercado tiene dos componentes: la bolsa, donde participan generadores y comercializadores, y el mercado de contratos donde además concurren los usuarios no regulados. En la bolsa, los generadores compiten por el despacho con ofertas de precio y disponibilidad. En el

mercado de contratos bilaterales se negocian libremente los precios y demás condiciones. Finalmente, la comercialización, que comprende la compra de energía en el Mercado de Energía Mayorista y su venta al detal a los usuarios, así como la gestión del ciclo comercial, tiene un cargo regulado (C) en el caso de los usuarios regulados y un margen libremente fijado para los no regulados. (Vélez Álvarez et al., 2011, p. 239)

El mercado de energía en Colombia tiene distintos destinos para el mercado minorista y el mayorista. El minorista se rige por un contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios con unas particularidades y condiciones establecidas por la ley, mientras que el contrato de energía mayorista no se encuentra regulado y se somete a la voluntad de las partes. Modelo de competencia en el mercado minorista, los clientes tienen libertad de elección de la fuente de suministro, ya sea directa o indirectamente mediante comercializadores. Se garantiza el libre acceso a las redes de transporte y distribución, así como la entrada y salida de generadores y comercializadores (Díaz Rodríguez, 2005).

### **Características del Contrato de Servicios Públicos**

De acuerdo con las precisiones formuladas por la ley y la doctrina, se puede concluir que el contrato de los servicios públicos tiene las siguientes características:

**Bilateral:** Surgen obligaciones recíprocas entre la empresa prestadora del servicio público domiciliario y el usuario. (Arts. 129 y 130, Ley 142 de 1994 y Ley 689 de 2001, partes del contrato).

**Consensual:** Se forma con el consentimiento de las partes, es decir, por el acuerdo o consenso formulado por la empresa de servicios públicos y el suscriptor y/o usuario. (Art. 128, Ley 142 de 1994).

**Uniforme:** Es de condiciones uniformes porque es un contrato en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario de acuerdo con estipulaciones que han sido definidas para muchos usuarios, lo que no está determinado como de “adhesión”. Una parte impone el texto del contrato y la otra adhiere, sin poder discutir las condiciones (Art. 128 Ley 142 de 1994).

**Oneroso:** Por oposición al gratuito en tanto impone una carga o contraprestación económica. El usuario debe pagar el servicio de acuerdo con una tarifa establecida (Arts. 86 y ss., y 128, Ley 142 de 1994).

**Típico y nominado:** Porque se encuentra tipificado y nominado, es decir, tiene un nombre en una ley: la de Servicios Públicos Domiciliarios (Art. 128 y ss., Ley 142 de 1994).

**Comercial:** Porque implica la compraventa de un servicio, lo cual da lugar a un negocio jurídico que crea obligaciones para las partes. Debe advertirse que la legislación colombiana trae una regulación doble sobre esta materia: una civil y otra comercial. Sobre esta característica, Palacios Mejía (1999) sostiene que, en materia de contratos de servicios públicos, “la relación entre el prestador y el usuario es una típica relación comercial” (p.163). En este sentido, el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 consagra que se trata de un contrato en virtud del cual una empresa presta unos servicios públicos a un usuario a cambio de un precio en dinero.

**Formal:** No solo las estipulaciones escritas hacen parte del contrato, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio (Art. 128, Ley 142 de 1994).

Según lo contempla el artículo 128 de la ley de S.P.<sup>7</sup>, el contrato de servicios públicos domiciliarios entre empresas tiene la característica de ser un contrato uniforme y consensual por

---

<sup>7</sup> ARTÍCULO 128. CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido

el cual una E.S.P. le presta un servicio público domiciliario a un usuario a cambio de un precio. Conforme lo señala el artículo 129 de la ley citada<sup>8</sup>, habrá contrato de prestación de servicios públicos cuando el usuario solicita la prestación del servicio y la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestarlo.

Es importante resaltar que no es común que las E.S.P. expidan actos administrativos. La ley que rige la materia contempla dos situaciones taxativas en las que esto puede producirse: en los casos contemplados en el artículo 33 de la Ley 142 de 1994<sup>9</sup> y en los actos relacionados con la negativa a la prestación del servicio, suspensión, terminación, corte y facturación. En consecuencia, esta relación de carácter público, en tanto sus actos son definidos como administrativos, sigue un procedimiento reglado por la Ley 142 de 1994, que contempla la interposición de los recursos de reposición y apelación y la aplicación de las normas del Código Contencioso Administrativo para su solución.

Por lo anterior, puede decirse que el contrato de S.P.D. es de naturaleza mixta ya que está regido por el derecho público en cuanto a las normas de carácter constitucional, legal y reglamentario que lo condicionan en relación con los derechos de protección y participación de los usuarios, las obligaciones de orden público de las empresas relacionadas con la calidad, continuidad y cobertura en la prestación de los S.P.D. y el sometimiento de las partes a la regulación, vigilancia y control del Estado (relación legal y reglamentaria) (Pulido Sierra, 2012).

---

definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio.

<sup>8</sup> CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. Existe contrato de servicios públicos desde que la empresa define las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las condiciones previstas por la empresa.

<sup>9</sup> ARTÍCULO 33. Facultades especiales por la prestación de servicios públicos. Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

Es dentro de este contexto que le corresponde al derecho público intervenir para reglar los temas de competencia y protección del usuario. La posición de las empresas de S.P.D. en cuanto a la toma de decisiones fundamentales relativas a la prestación del servicio hace necesario que determinados aspectos se rijan por el derecho público, tomado importancia la posición de dominio que algunas empresas ostentan en la relación usuario-empresa. De otra parte, dicho contrato está vinculado con el derecho privado en cuanto a la ‘autonomía de la voluntad’ de los usuarios para contratar condiciones impuestas unilateralmente por las empresas. Este aspecto es altamente discutible, excepto para los usuarios no regulados que tienen la prerrogativa de pactar condiciones especiales, así como por la referencia de la Ley 142 de 1994 al Código de Comercio y el Código Civil para suplir los vacíos contractuales (relación contractual) (Pulido Sierra, 2012).

El Consejo de Estado acoge la tesis del carácter mixto de los contratos de prestación de servicios, con un predominio hacia lo público. Según esta corporación “quienes presten esos servicios se convierten en copartícipes, por colaboración de la gestión estatal, o, en otras palabras, cumplen actividades o funciones administrativa” (Consejo de Estado, 1997). Otra característica importante del contrato de condiciones uniformes (CCU) es la de ser un contrato de adhesión, de conformidad. El contrato es redactado por una de las partes, mientras que la otra solo tiene la posibilidad de consentir o no en la celebración, sin poder negociar el contenido del mismo. También existe contrato de adhesión en aquellos casos en que se pueden negociar individualmente algunas cláusulas siempre que, en su conjunto, la posibilidad de negociación de quien adhiere esté limitada a aquellas cláusulas que la parte que redacta el contrato considere de antemano que pueden ser discutidas y que en el conjunto del contrato no forman parte de las prestaciones principales, ni representan una diferencia relevante para la ejecución del contrato (Dussan, 2005).

Como se mencionó anteriormente, si bien el contrato de prestación de servicios es un contrato de adhesión y de condiciones uniformes, esto no obsta para que las empresas prestadoras puedan negociar con sus usuarios condiciones especiales en desarrollo de la libertad contractual que tienen las partes y que está consagrada en el artículo 32 de la ley de servicios públicos, siempre y cuando no contravenga disposiciones legales. Por tal razón, es jurídicamente posible que la empresa pacte con sus usuarios condiciones especiales relacionadas con el precio y/o algunas condiciones técnicas ya que estas no tienen disposiciones legales particulares. Dicha situación se presenta con mayor frecuencia con aquellos usuarios no regulados que tienen la facultad legal para negociar componentes de la tarifa de energía (generación y comercialización) y el conocimiento y especialidad para que se les apliquen aspectos técnicos que los beneficien. Ocurre algo distinto con usuarios regulados, para los que se encuentra regulada la tarifa y quienes adhieren a un contrato de condiciones uniformes.

No obstante, el segundo inciso del artículo 128 de la Ley 142 de 1994 prevé la existencia de contratos parcialmente uniformes con estipulaciones que pueden ser objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios. Desde esa óptica, tenemos que existen contratos plenamente uniformes con condiciones innegociables y contratos parcialmente uniformes con disposiciones que pueden ser objeto de acuerdos especiales entre prestadores y usuarios. Lo anterior se confirma con la lectura del inciso primero del artículo 132 de la Ley 142 de 1994 que señala lo siguiente: “ARTÍCULO 132. RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Cuando haya conflicto entre



las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán estas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular. (Concepto Unificado SSPD No.38 de 2020, p. 4)

Tal como lo establece la ley de servicios públicos, los CCU deben ser sometidos a concepto de legalidad por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas<sup>10</sup>, lo cual obliga a que el contrato de prestación de servicio se someta a la normativa y que, además, no contenga disposiciones restrictivas de la competencia o vaya en contra de los derechos de los usuarios (Arévalo, 2004). La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) vigilará el cumplimiento de los mismos entre empresas prestadoras y sus usuarios.

El contrato de condiciones uniformes también es un contrato que sirve de garantía en la protección de los derechos de los usuarios y en el cumplimiento de las obligaciones y deberes de las personas jurídicas que suministran estos servicios, igualmente, es una plataforma jurídica en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. (Villalba y Fandiño, 2013, p. 28)

Por otra parte, es importante señalar que existen diferencias entre los contratos para el mercado regulado y los del no regulado. Como bien se dijo, una de las características del mercado no regulado es que los usuarios tienen mayor consumo de energía y en su mayoría se encuentran en el sector industrial. Para entender la diferencia entre unos y otros usuarios en relación con la facultad o no de negociación que tienen, es necesario conocer cómo está

---

<sup>10</sup> ARTÍCULO 73. FUNCIONES Y FACULTADES GENERALES.73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. Las comisiones podrán limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia (Congreso de la República de Colombia, 1994).

compuesta la tarifa del servicio de energía, dado que algunos de sus componentes pueden ser convenidos por los usuarios no regulados y las E.S.P., a diferencia de los usuarios regulados, que tienen tarifa regulada por la CREG. Estos son los componentes de la tarifa:

El costo unitario (CU) de la prestación del servicio de energía eléctrica es el costo económico que resulta de agregar los costos de generación, transmisión, distribución y comercialización, representado en la siguiente fórmula:

$$CU = \frac{G+T+D+D+O}{(1-P)}$$

$$(1-P)$$

Donde:

G (Generación)= Costo de producir energía (incluyendo pérdidas reconocidas). Este costo es el resultado de un precio formado en un mercado competitivo.

T (Transporte)= Costo de transportar la energía en alta tensión (incluyendo pérdidas reconocidas). Costo regulado por la CREG.

D (Distribución)= Costo de transportar la energía en media y baja tensión. Costo máximo regulado por la CREG.

C (Comercialización)= Costo de ejercer actividades para la compra-venta de energía, servicio comercial al usuario, lectura, facturación, atención de reclamos, etc. Los usuarios no regulados pueden negociar libremente este componente, mientras que para los regulados existe una fórmula para su cálculo.

O (Otros)= Costos adicionales para cubrir los gastos de administración de todo el sistema, a quienes regulan y controlan las empresas prestadoras y otros cobros asociados con la operación del sistema eléctrico.

P= Índice eficiente de pérdidas reconocidas. Entendido como la energía eléctrica producida y transportada que se pierde a lo largo del proceso o es tomada de forma ilegal por los usuarios. En el caso de los usuarios regulados, este costo es trasladado a los usuarios vía el cobro de la tarifa. (CREG, 2004 p. 15).

### **Contratos en el Mercado Mayorista de Energía Eléctrica**

La estructura de la industria eléctrica en Colombia se sustenta en el mercado mayorista de electricidad, que entró en marcha el 20 de julio de 1995. El funcionamiento de este mercado está soportado en la existencia de una bolsa de energía (*'pool de generadores'*) donde se realizan intercambios comerciales definidos en el contexto de un mercado *spot* con resolución horaria y un operador central del sistema interconectado nacional denominado Centro Nacional de Despacho (CND). Los agentes que participan en el mercado mayorista de electricidad son los generadores, comercializadores y transportadores (Díaz Rodríguez, 2005).

(El mercado *spot*) opera en tiempo continuo y su gestión se divide en períodos de negociación contiguos de media hora. Antes del período de negociación, los generadores envían sus ofertas de precio y cantidad para generar, y el despachador, el operador del sistema, las reúne en una curva de oferta que clasifica de oferta de precio más bajo a más alto. El precio de mercado al contado es el precio de oferta encontrado por el punto en la curva de oferta correspondiente al nivel de consumo de electricidad en ese período de negociación. El resultado es la determinación estática de la oferta y la demanda del precio en los libros de texto. Es estático en el sentido de que cada período de negociación es una instantánea de tiempo tan corta que todo lo que le preocupa es comerciar electricidad en el contexto de la infraestructura existente: no hay tiempo en un período de negociación para tomar decisiones de inversión que afecten la negociación en ese período. Toda la

electricidad realmente producida, despachada por el operador del sistema, en ese período de negociación tiene un precio al precio de ese período de negociación. Este precio *spot* es común a todas las transacciones spot. Aquellos generadores que presenten ofertas con un precio igual o inferior al precio spot del período de negociación tendrán su electricidad vendida a este precio uniforme. Los otros generadores no serán llamados a suministrar electricidad, ya que sus precios de oferta exceden el precio spot. Este proceso comercial incentiva a los generadores a fijar el precio de sus ofertas a costa de la producción de electricidad para ellos. (Evans, 2017 p. 26)

Como ya se mencionó, los agentes generadores de energía eléctrica pueden transar en la bolsa de energía directamente o a través de contratos bilaterales entre generadores, comercializadores o usuarios no regulados.

### **Contratos de Energía Eléctrica de Largo Plazo**

Los contratos de energía de largo plazo son aquellos que se realizan entre generadores y comercializadores. En ellos se pactan libremente condiciones, precios y cantidades. Estos contratos se desarrollan con el fin de adquirir cierta seguridad en cuanto a fluctuaciones de los precios de la energía, las cuales son causadas por fenómenos hidrológicos, comportamientos de los agentes y energía disponible para el consumo (Álvarez y Tamayo, 2006). La regulación del sector exige que las partes contratantes estén registradas ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) y los agentes intervinientes otorguen las garantías exigidas. La forma, contenido y condiciones establecidas en los contratos de energía podrán pactarse libremente entre las partes. Sin embargo, para que estos contratos puedan liquidarse en la bolsa de energía deben contener lo siguiente: la identidad de las partes contratantes; reglas o procedimientos claros para determinar hora a hora, durante la duración del contrato, las

cantidades de energía a asignar bajo el contrato, y el respectivo precio (Álvarez y Tamayo, 2006).

El procedimiento para la compra de energía se realiza a través de términos de referencia donde el interesado en adquirir energía indica las cantidades requeridas, el periodo de suministro, precio y forma de pago y las particularidades del negocio. Los interesados en ofrecer energía presentarán sus ofertas en sobre cerrado y la venta se adjudicará a quien ofrezca el mejor precio. Dentro de las modalidades de contratación más utilizadas con destino al mercado no regulado se encuentran las siguientes:

**Pague lo contratado:** En este contrato, el comprador se compromete a pagar toda la energía contratada, independientemente de que sea consumida o no.

**Pague lo demandado:** El comprador solamente paga su consumo, siempre y cuando este sea inferior o igual a la cantidad de energía contratada.

En ambos casos, si el consumo es superior a lo contratado, la diferencia es transada en bolsa (Álvarez y Tamayo, 2006).

Para el caso del mercado no regulado, la compra no se encuentra regulada y las condiciones contractuales podrán negociarse libremente. Los usuarios no regulados intervienen como agentes activos y podrán negociar con libertad la generación y la comercialización, componentes de la tarifa.

Las compras de energía efectuadas por comercializadores con destino a los usuarios no regulados, mediante la suscripción de contratos bilaterales, no están reguladas y se negocian a precios y condiciones pactadas libremente. Igual condición rige para compras entre agentes generadores y entre agentes comercializadores (Unidad de Planeación Minero Energética, 2004). Lo anterior quiere decir que los usuarios del mercado no regulado pueden convenir libremente

condiciones del contrato de suministro de energía; en consecuencia, se benefician con condiciones plazo, términos y precio de los valores ofrecidos, lo que los pone en una posición de igual frente al comercializador.

Los contratos de comercialización con usuarios no regulados no solo incluyen cantidad de energía y precio, sino que también se ofrecen servicios complementarios como la asesoría en materia de energía, financiación de proyectos en uso eficiente de energía, estudios de calidad de potencia, capacitaciones, facilidades de pago, etc. Sin embargo, no todas las empresas de comercialización están en capacidad de ofrecer estos servicios y es allí donde se pueden identificar las ventajas competitivas o diferenciación del producto (Escudero y Botero, 2006).

Como se ha mencionado, el usuario no regulado presenta un alto nivel de consumo de energía y puede negociar libremente la tarifa del suministro de energía a través de un proceso de negociación con su comercializador. Así, la presunción de posición dominante de las empresas que suministran energía no podría aplicarse a este tipo de usuarios, pues su conocimiento del sector y su posibilidad de contratar tarifas más económicas y gestionar su consumo los convierte en usuarios con el mismo poder contractual y de negocio que tiene la empresa prestadora del servicio.

Estas debilidades del mercado han sido consideradas por la Misión de transformación energética y modernización de la industria eléctrica, donde se proponen mejoras en el diseño de contratos y mercado bilateral, y se ponen de precedente las debilidades del mismo que claramente terminan afectando al comercializador que no se encuentra integrado verticalmente.

(...) el mercado OTC<sup>11</sup> en Colombia, que representa la única alternativa viable a las subastas patrocinadas por el Gobierno, sufre de las siguientes debilidades: Los precios negociados no

---

<sup>11</sup> Mercado bilateral de venta libre (over-the-counter, OTC)

están disponibles para el público. Esta situación favorece a los titulares grandes e integrados, que disfrutan de los beneficios de esta información parcial del mercado. De este modo se crea una barrera de entrada de capacidad para los nuevos participantes del mercado que no tienen acceso a esta información.

- Los precios de la demanda no regulada en Colombia suelen estar muy por debajo de los precios de la demanda regulada.
- Hay una falta de anonimato, porque el precio del contrato bilateral depende de la contraparte. Esto implica que los precios generales combinan el riesgo puro de los productos básicos y el riesgo crediticio.
- Existe una diversidad extrema de tipos de contratos negociados. Esta falta de estandarización puede crear un obstáculo para el eventual uso de estos datos para construir una curva a plazo creíble para energía.
- Los comercializadores no integrados verticalmente, los propietarios de las unidades de generación y pequeños participantes han limitado el acceso a los contratos bilaterales.

La opaca contraparte de gestión de riesgos hace que sea difícil sea difícil determinar si el mercado bilateral a plazo está adecuadamente protegido contra la falta. (Corredor et al., 2020, p. 28)

Como se ha podido indicar a lo largo de este capítulo, la relación entre el usuario no regulado y el comercializador puro es equilibrada y en muchos casos inclinada hacia este tipo de usuarios, por lo cual se descarta la asimetría en la relación contractual, que sirve como uno de los argumentos para determinar la posición dominante de las empresa de energía.

## **Capítulo IV: Competencia y Posición Dominante de las Empresas Prestadoras del Servicio de Energía Eléctrica Frente a los Usuarios**

### **El Derecho de la competencia en los servicios públicos**

Desde el punto de vista constitucional, el artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada “son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores” (SIC No. 17-109587 2017, p.2).

Dado el parámetro constitucional, la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta entidad conocerá de manera privativa “las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal” (SIC No. 17-109587, 2017, p.2).

En consecuencia, el sector de servicios públicos domiciliarios está sometido al cumplimiento de las normas de competencia y a las normas de protección de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios (SIC No. 17-109587, 2017).

Con la expedición de la Constitución de 1991 se produjo un cambio en el modelo bajo el cual se prestan los servicios públicos en Colombia. El nuevo régimen constitucional no solo concibe los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, sino que, adicionalmente, los piensa como una actividad económica libre que puede ser desarrollada bien



sea por los particulares, por el Estado o por ambos, en condiciones de igualdad y libre competencia.

Así, la Constitución de 1991 no estableció una exclusividad en favor del Estado para proveer servicios públicos en Colombia, sino que, por el contrario, contempló un régimen según el cual los servicios públicos pueden ser prestados por particulares en condiciones de igualdad, competencia y, sobre todo, neutralidad competitiva frente al Estado. El régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios está concebido para que estos se presten en libre competencia, salvo muy contadas excepciones donde no es posible por no haber competidores o porque resulta ineficiente frente a la prestación directa por parte del municipio.

Sobre el particular, el Dr. Rhein Schirato (2012), en su libro *Livre iniciativa nos servicios publicos*, ha planteado lo siguiente:

Los servicios públicos tienen un fuerte carácter obligatorio que, en ciertos casos, entrará en conflicto con la libertad inherente a un contexto de libre competencia. Así, siempre será necesario encontrar un equilibrio entre la libertad otorgada a los agentes y la consecución de los fines de los servicios públicos. Este equilibrio solo surgirá de un análisis concreto de cada actividad, y no hay forma de considerar una fórmula genérica aplicable a todos los servicios públicos de manera uniforme.

Con la aplicación de la libre competencia a los servicios públicos se puede constatar que se puede desarrollar de dos formas distintas: con o sin asimetría de regímenes legales, todos los agentes económicos que exploten las actividades estarán sujetos a sanciones al régimen jurídico de servicio público. Por otro lado, en la competencia con asimetría, los agentes estarán sujetos a diferentes regímenes legales, con diferentes cargas de obligaciones.

Habr  competencia sin regímenes asimétricos cuando exista competencia entre agentes tenedores de múltiples concesiones de servicio público u otros instrumentos que otorguen delegación en el régimen de servicio público (arrendamiento, permiso o subconcesión de puerto) o entre ellos y el Estado. (pp. 293-294)

Después de dar paso a la libre competencia en materia de S.P. con los cambios introducidos por la Constitución de 1991 y permitir a los particulares participar en la prestación del servicio público domiciliario, se establecerán reglas de libre competencia y fijación de tarifas con el fin de garantizar los derechos de los participantes del mercado. García (2010) se refirió a este hecho:

La Ley 142 de 1994 establece reglas de competencia muy claras, al señalar que unos de los intereses de la intervención del Estado en estos servicios, es el de garantizar precisamente la libertad de competencia y no utilización ABUSIVA de la posición dominante (Art. 2 numeral 6). En el contexto de esos importantes interrogantes se debe decir a los usuarios que, tanto la libertad en las tarifas como la libertad de competencia en ningún momento puede llegar a considerarse que sea absoluta (ilimitada), y que por ellos, existe el sistema de libertad regulada (Art.14 numeral 10) y libertad vigilada (Art. 14 numeral 10) y libertad vigilada (Art.14 numeral 11). (p. 38)

La libertad regulada implica que a través del ente regulatorio se fijen criterios y metodologías para las empresas prestadoras del servicio de energía, con el objetivo de establecer las tarifas que serán cobradas a sus usuarios, actividad que además se encuentra vigilada por el órgano competente. El artículo 3 de la Ley 143 de 1994<sup>12</sup> indica que será el Estado el encargado

---

<sup>12</sup> Artículo 3o. En relación con el servicio público de electricidad, al Estado le corresponde: a) Promover la libre competencia en las actividades del sector; b) Impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición

de promover la libre competencia en el sector energético. Igualmente se prohíben las prácticas de competencia desleal y abuso de la posición dominante, bien por la posición que ocupa en el mercado o porque corresponde a un monopolio natural. Teniendo en cuenta la organización del sector energético en Colombia es necesaria la protección del consumidor (usuario), “ya que en este servicio se ve sometido a condiciones externas en las que en nada o en casi nada puede influir, sino que debe soportar unos resultados que lo afectan directamente” (Arévalo, 2004, p. 13).

Por esta razón se establece una presunción de posición dominante de las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica, que como se verá no puede ser absoluta en la relación empresa-usuarios. El concepto de posición dominante en S.P.D., según lo indica el artículo 14, numeral 14.13 de la Ley 142 de 1994, es el siguiente (como se citó en García, 2010):

(la posición dominante) es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

Igualmente, para evitar y contrarrestar la aparición de cualquier práctica restrictiva que se puedan considerar como abuso de posición dominante empresarial, el legislador prevé todo un desarrollo normativo que ha quedado plasmado a todo lo largo del texto de la Ley 142 de 1994, y que constituye la mejor manera de promover y proteger también la libre competencia en el mercado de estos servicios. (p. 41)

---

dominante en el mercado; c) Regular aquellas situaciones en que por razones de monopolio natural, la libre competencia no garantice su prestación eficiente en términos económicos; d) Asegurar la protección de los derechos de los usuarios y el cumplimiento de sus deberes (...).

La posición dominante en S.P.D. no se establece exclusivamente en lo que se refiere el artículo 14.13, es decir, cuando la empresa tiene más del 25% de los usuarios que conforman el mercado; de igual manera, dentro de la relación usuario-empresa existe una presunción de desequilibrio en la relación, que pone a la empresa en ventaja frente al usuario. Pulido Sierra (2012) ha indicado que el régimen de los S.P.D. en Colombia parte de un supuesto legal y cierto: “las empresas de servicios públicos sostienen una posición dominante respecto de los usuarios, como resultado de las condiciones monopólicas u oligopólicas del mercado y el contrato unilateral de adhesiones que están sometidos los usuarios de los servicios públicos domiciliarios” (p. 138).

Se puede entender entonces que la presunción de dominio de las empresas en sus relaciones con los usuarios debe limitarse y no ser absoluta; los usuarios no se encuentran desprotegidos, pues existen herramientas jurídicas y regulatorias que velan por sus intereses. Larroumet (como se citó en Moreno, 2003) indica lo siguiente:

(...) ciertamente el consumidor, inerme frente a profesionales, altamente especializados en la distribución en cadena de mercancías y de servicios, tiene derecho a contar con la ley para la protección de sus intereses: así la ley ha de intervenir para determinar las condiciones de formación y el contenido de contratos. (p. 308)

Lo que debe hacerse es regular las conductas contrarias a la libre competencia, la cual no proviene solo de los agentes competidores del sector eléctrico, sino muchas veces del mismo Estado.

(...) conviene anotar que existen también disposiciones estatales que crean restricciones a la libre competencia. En efecto, mediante los actos proferidos (leyes, decretos, resoluciones y otros actos de carácter inferior), los órganos del Estado colombiano

pueden llegar a afectar el principio de libre competencia (Constitución, art. 333).

(Moreno, 2012, p. 191)

Cabe decir que se ha establecido un régimen general que regula los temas de competencia, como se mencionó con anterioridad, y un régimen especial para el servicio público de energía, que son las leyes 142 y 143 de 1994 y las resoluciones proferidas por la CREG sobre la materia.

Del contenido del conjunto de disposiciones que regulan las llamadas comercializadoras se deducen algunos elementos claramente en favor de la apertura de competencia, algunos otros que pueden ser utilizados en uno u otro sentido y por último algunos que, en principio, restringen la competencia existente en el mercado en la actualidad.

Entre los elementos favorables al incremento de la competencia se encuentran:

- La separación de las actividades de distribución y comercialización, aunque permitiendo que ambas actividades sean realizadas por la misma empresa.
- El hecho de que pueda permitirse que los consumidores que cumplan determinadas condiciones adquieran energía del Sistema Integrado sin la mediación de los comercializadores. Esto puede aumentar la eficiencia, permitiendo que determinados consumidores puedan beneficiarse de no tener que pagar el margen correspondiente a las comercializadoras. Sin embargo, no parece que deba dejarse totalmente al reglamento la definición de las condiciones que deben cumplir estos usuarios exentos de utilizar las comercializadoras, ni tampoco que se les exija "que concurran peculiares circunstancias", expresión que evoca condiciones discrecionales y cambiantes más que requisitos objetivos y no discriminatorios.

- El que las comercializadoras puedan ofertar a los usuarios condiciones más favorables que la tarifa única aprobada por el Gobierno que les sea de aplicación a estos. (Tribunal defensa de la competencia, 1993, p.131)

En materia de servicios públicos, la ley establece una presunción de dominio por parte de las empresas prestadoras, fundamentada en una asimetría en la relación contractual usuario – empresa, en la que se asume que el usuario es la parte débil del contrato. En efecto, desde el aspecto funcional del derecho se tiene que la esencia de la presunción es restablecer el equilibrio en las relaciones jurídicas. Sin embargo, y tal como fue desarrollado en los capítulos II y III, hay una variedad de agentes que intervienen en el mercado de energía, tanto del lado de la oferta como del lado de la demanda. Se puede afirmar que, ante la diferencia entre la clasificación de usuarios y de agentes, existen gradualidades en términos de asimetría de la relación contractual con la empresa, lo que permite equilibrar las cargas entre la empresa prestadora y los usuarios del servicio público de energía.

Con la aplicación de la libre competencia a los servicios públicos se puede constatar que se puede desarrollar de dos formas distintas: con o sin asimetría de regímenes legales, todos los agentes económicos que exploten las actividades estarán sujetos a sanciones al régimen jurídico de servicio público. Por otro lado, en la competencia con asimetría, los agentes estarán sujetos a diferentes regímenes legales, con diferentes cargas de obligaciones. (Rhein, 2012, pp. 293-294)

No obstante, al establecer la presunción de posición dominante, el legislador (y en especial la regulación) debió considerar las diferencias existentes entre los tipos de usuarios y la empresa prestadora del servicio público domiciliario, pues esta presunción sin gradualidad ni excepciones genera para el comercializador puro riesgos de tipo económico y regulatorio y lo

pone en una posición de desventaja competitiva frente a los demás comercializadores. Para facilitar el entendimiento de la tesis planteada es conveniente definir lo que se entiende por presunción en materia de servicios públicos domiciliarios, el establecimiento de la posición dominante en el servicio de energía eléctrica y analizar el derecho de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios.

### **Definición de Presunción en el Derecho Colombiano**

El artículo 66 del Código Civil establece que lo que se dice ‘presumirse’ es un hecho que se deduce de antecedentes o circunstancias conocidos. Si estos son determinados por la ley, puede hablarse de una ‘presunción legal’. La prueba de la inexistencia de un hecho que legalmente se presume a menos que la ley rechace expresamente la prueba, los antecedentes o las circunstancias. Si según la expresión de la ley una cosa se presume de derecho, es inadmisibles la prueba contraria.

En el código civil comentado de Ortega Torres (1984) se señala que:

(...) la presunción exige un antecedente conocido, un razonamiento y un hecho resultante de éste último. Demogue expresa que la presunción es una consecuencia que se saca por vía de suposición, de un hecho conocido para llegar a otro desconocido. La presunción la hace la ley o la deduce el juez en casos concretos. (...) Las presunciones legales, es decir, las creadas por la ley, son de derecho estricto, y por tanto no existen sino cuando se den precisamente los antecedentes o circunstancias que aquella toma como base para establecerlas (...). (p. 81).

De otra parte, Alessandri Rodríguez (1988) indica que las presunciones consisten en pasar de un hecho conocido a otro desconocido. El hecho que se busca llega a establecerse mediante una inducción: “el juez conoce ciertos hechos: se trata de saber cuáles son los que no conoce y

mediante raciocinio y el estudio de los antecedentes, llega a formarse la convicción que los hechos han debido pasar de tal o cual manera (p. 559). Por su lado, el doctrinante Parra Quijano (2009) ha clasificado las presunciones en varias categorías. Con relación a la fuente se pueden dividir en dos: las creadas por el legislador, que pueden ser *iuris et de iure* (de derecho y por derecho) o *e iuris tantum* (tan solo de derecho, y las presunciones de hombre, juez (*praesumptio hominis*)). Con relación a si producen certeza o solo probabilidad, el doctrinante afirma que las presunciones *iuris et de iure* producen una certeza definitiva y no admiten prueba de lo contrario.

Se considera relevante para esta investigación el siguiente ejemplo que plantea Parra Quijano (2009):

En materia civil, el ejemplo clásico hasta la expedición de la C – 004/98 fue el artículo 92 del C. C. que establece:

Art. 92. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume (de derecho) que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacía atrás, desde la media noche en que principie el día el nacimiento.

Mediante la sentencia antes mencionada, la Corte Constitucional declaró inexecutable la parte “de derecho”, con lo cual la presunción allí consagrada pasó de ser una presunción ***iuris et de iure*** a ser una presunción ***iuris tantum***, esto es, susceptible de desvirtuarse. (p. 665)

Para el caso analizado en la presente investigación, el anterior fallo toma gran relevancia ya que sugiere que ninguna presunción es absoluta. Con los cambios comerciales, sociales y tecnológicos, las presunciones consideradas ‘de derecho’ podrían llegar a moderarse y adaptarse a las circunstancias actuales del mercado: en este caso, al comercializador puro.



En ciertos tipos de mercados, el Estado debe intervenir. Es entonces cuando, según Nihoul (2005):

La actividad reglamentaria tiene una incidencia en la posición que ocupan por los protagonistas del mercado. En efecto toda regla comporta un arbitraje entre entidades y/o personas, en la medida en que ella crea derechos y obligaciones. De manera general, la regla puede ser estudiada como un instrumento que permite a las autoridades influenciar la posición que ocupan los agentes en el mercado. (p. 177)

En consecuencia, cuando pueda existir una posición de dominio para equilibrar las cargas que pueden soportar los usuarios en ciertos tipos de mercados, en este caso de los S.P.D., el Estado interviene debido a la poca capacidad de elección que tiene el usuario en la relación contractual. Nihoul (2005) añade que “la independencia permite a la empresa fijar las condiciones de su elección, sin tener en cuenta los clientes y/o los competidores en la misma medida en que deberían hacerlo en un mercado competitivo” (p. 236).

### **Revisión de la Figura Jurídica de Posición Dominante en el Derecho Comercial**

Cortázar (2011) se ha referido a la posición dominante en el mercado de la siguiente manera:

(...) el poder de dominio o poder de monopolio, o poder de mercado, como quiera denominarse, en la medida en que de este concepto depende buena parte del análisis para determinar el carácter anticompetitivo de las prácticas relativas (rule of reason) y el abuso de la posición de dominio en el terreno del derecho antimonopolios correctivo y buena parte de la evaluación de las grandes integraciones empresariales en el terreno del derecho antimonopolios preventivo. (p. 91)

Para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2017), la posición dominante es la situación en que "(...) una empresa, por sí misma o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios" (p. 2). En Colombia, el Decreto 2153 de 1992, en su artículo 45 numeral 5, define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado". También se ha dicho que la posición dominante es comparable con estar en los eslabones superiores de la cadena alimentaria del mundo empresarial:

Teniendo claro entonces cuál es la idea subyacente de la posición de dominio o el poder de mercado, la cuestión es cuándo, a partir de qué momento, cuál eslabón de la cadena alimentaria a partir del cual un agente económico determinado tiene ese poder. La posición dominante, el poder de dominio en el mercado es una situación de hecho, un fenómeno técnico que depende de un conjunto de variables de contenido económico, que veremos después de estudiar la noción o idea del mercado relevante en términos de derecho antimonopolios, qué se entiende por tal y cómo se determina. (Cortázar, 2011, p. 92)

¿Cómo puede determinarse entonces la posición de dominio? Para los economistas Kaplow y Shapiro (como se citó en Cortázar, 2011) es una cuestión que puede inferirse a través de tres métodos: el método del margen costo beneficio, el de la elasticidad de la demanda de la empresa y el de la conducta de la empresa.

El primer método, el del margen costo-beneficio, puede determinarse por medio de mediciones directas del precio y el costo marginal (el costo extra de producir una unidad adicional), en cuyo caso el grado de dominio se relaciona directamente con la diferencia

entre uno y otro. Mientras menor sea la diferencia entre el precio y el costo marginal, menor es el dominio y viceversa. Otra forma puede ser la comparación de precios en diferentes mercados, que también obedece a una relación directa. Si una empresa puede manejar precios diferentes en zonas distintas tiene mayor poder de mercado que una que no pueda hacerlo, teniendo en cuenta, claro está, el costo marginal en una y otra zona. El margen costo-beneficio también puede inferirse por medio de la discriminación de precios que pueda hacer una empresa; mientras más discriminaciones pueda hacer, tendrá mayor dominio y viceversa. Finalmente, otro medio puede ser la existencia de beneficios persistentes por encima del nivel precio costo marginal. Segundo método, el de la elasticidad de la demanda de la firma, puede medirse directamente estimando la elasticidad de la demanda del producto y ajustándola con fundamento en la participación en el mercado de la firma o mediante la variación de las ventas en función de la variación del precio. Otro método, cuya utilización está bastante difundida entre las autoridades y agencias de competencia, es mediante la definición del mercado relevante y la participación de la firma en él. También existe el de la capacidad de reacción de la oferta, actual o potencial, esto es, en otras palabras, las barreras de entrada: mientras mayores sean, mayor es la posibilidad de que exista dominio en el mercado. Finalmente está el método de la conducta, que es básicamente indiciario. Si una conducta determinada de una empresa tiene la posibilidad de generar beneficios solamente si su grado de dominio aumenta en cierta medida, la conclusión entonces es que si tal conducta se ejecuta, el dominio en ese mercado aumentó por lo menos en ese grado. (pp. 96-97)

## **Posición Dominante en el Contexto del Servicio Público de Energía Eléctrica**

La Superintendencia de Industria y Comercio, en concepto emitido sobre el derecho de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios, ha indicado lo siguiente:

(...) la posición de dominio no es necesariamente anticompetitiva, de hecho, el resultado de la competencia vigorosa puede resultar en la adquisición de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, si una empresa usa su posición de dominio para excluir o explotar a sus competidores o consumidores, se dice que abusa de ella.

El término “posición de dominio” se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa. Esto quiere decir que la empresa tiene la posibilidad, sin tener en cuenta qué hacen sus competidores, de definir precios, montos de producción, calidad de sus bienes, etc., independientemente de las presiones de la competencia. Esto, en consecuencia, puede afectar a su favor a los competidores o consumidores participantes en el mercado. (Concepto SIC, p.9)

Para determinar la posición dominante en el sector eléctrico se pueden tener en cuenta tres condiciones. Primero, la presunción de derecho contemplada en el artículo 14.13 de la ley de S.P.D, en la cual existe *per se* posición dominante entre la empresa y los usuarios. Segundo, cuando la empresa de servicios públicos domiciliarios detenta el 25% o más del mercado relevante. Tercero, y más importante, la posibilidad de determinar unilateralmente las condiciones del mercado, esto es que “la empresa tiene la capacidad de imponer las condiciones de la oferta, de modificar unilateralmente el precio y de determinar las condiciones de las demandas sin tener en cuenta a los usuarios” (Moreno, 2012, pp. 204-205).

En la Sentencia T/240 del 23 de junio de 1993 se indica que existe posición dominante cuando la empresa tiene la fuerza económica o el poder suficientes para determinar las condiciones del mercado de manera individual. Lo anterior claramente muestra que no todos los

agentes del mercado que intervienen en la cadena de suministro de energía tienen una posición dominante. Este es el caso claro del comercializador puro y su relación con el usuario del mercado no regulado, quien se encuentra facultado regulatoria y legalmente para pactar condiciones esenciales del contrato de suministro de energía, además de tener el conocimiento técnico para definir aspectos como horas de consumo, utilización o no del servicio de energía, cogeneración, entre otros.

La presunción de posición dominante de las empresas no puede existir *per se*, sino que debe aplicarse dependiendo la situación de cada empresa de energía en el mercado, la clase de usuarios y las condiciones contractuales pactadas. Esta opinión la comparte Moreno (2012), quien explica lo siguiente:

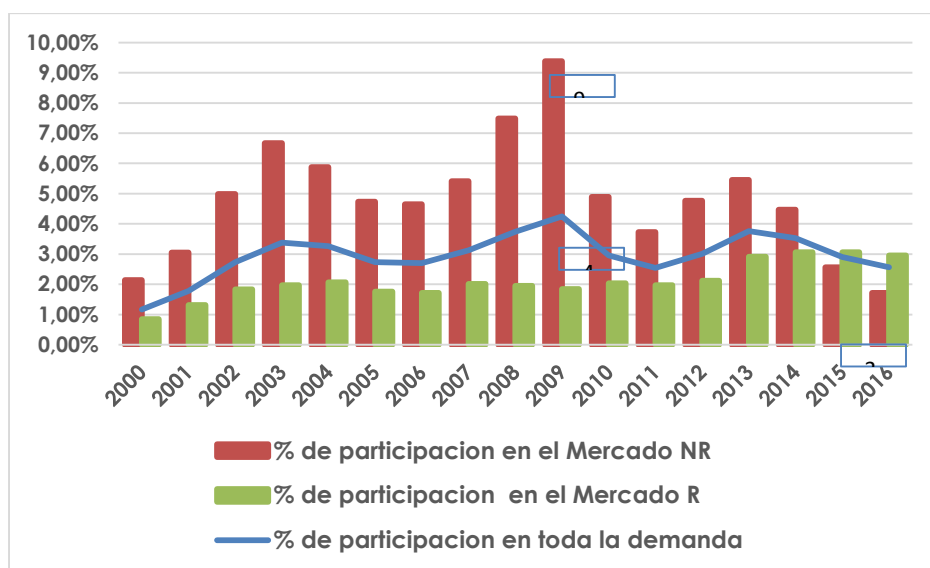
Es necesario probar la posición dominante no es la misma una posición *per se*. Nosotros nos inclinamos por la tesis según la cual la posición dominante debe deducirse de la actividad en cuestión. Dicho en otras palabras, debe analizarse en cada caso concreto si una empresa de servicios públicos abusa de su posición dominante en sus relaciones contractuales con otras empresas o personas. (p. 210)

### **Posición Dominante Frente al Comercializador Puro**

La Figura 5 muestra el número de comercializadores puros que existen en el mercado, los cuales frente a los demás comercializadores son una baja cantidad. Su demanda no representa más del 25% del mercado relevante. En concordancia con García (2010), “El origen de la posición dominante empresarial se identifica plenamente cuando se ejerce la gestión en un entorno de monopolio, y que una vez terminado el monopolio ante un entorno competitivo, se acaba entonces la posición dominante” (p. 42).

**Figura 5**

*Porcentaje de participación de comercializador independiente*



*Fuente:* Achicanoy (2017).

La figura anterior permite inferir las claras barreras que tiene el comercializador puro para competir en igualdad de condiciones en un mercado donde ocupa un porcentaje de participación muy bajo frente al comercializador incumbente. Igual ocurre en la relación con el usuario del mercado no regulado, con quien se deben pactar términos especiales del contrato y el costo económico de mantener esa demanda, los cuales derivan en costos económicos y operativos para el comercializador.

La presunción de posición dominante que, según la legislación que existe en materia de S.P.D., entre el prestador del servicio de energía eléctrica y los usuarios se aleja de la realidad cuando la figura se centra en el comercializador puro y los usuarios del mercado no regulado. Este comercializador no alcanza el porcentaje indicado en la ley del mercado relevante ni se encuentra en posición de determinar las condiciones de la relación contractual frente a un usuario del mercado no regulado. Dadas las condiciones actuales del mercado de energía, el

comercializador puro se ubica en una posición de desventaja frente a muchos de sus usuarios; es así como, para poder mantener su demanda, se ve en la obligación de otorgar muchos beneficios a sus usuarios, más aún cuando se trata de usuario no regulado, dado que estos representan una gran parte de su mercado y son una de las fuentes más significativas de sus ingresos.

Sobre este asunto la CEPAL (2001) ha indicado que:

(...) muchas de las empresas energéticas más pequeñas, las cuales han sido reconocidas por la alta calidad de sus servicios de energía para el consumidor (el cual tenía que pagar para estos servicios sin posibilidad de elección) y por la excelencia en realizar sistemas de energía respetuosos del medio ambiente y soluciones integradas, están actualmente luchando por su sobrevivencia. Parece que las inversiones en la cogeneración, recuperación de energía de basuras y la gestión de la demanda no pagan en tiempos de energía barata de grandes productores. (p. 24)

Por su parte, García (2010) expresa que la situación de algunas empresas da cuenta de que los esfuerzos realizados no han sido suficientes para superar la deficiencia y garantizarles la supervivencia en un ambiente competitivo, "donde la sociedad es más exigente y ansiosa por obtener en forma oportuna, eficiente y confiable los servicios que demanda para su propio beneficio y progreso" (p. 35). Como se indicó en la Figura 5, la participación del comercializador independiente en el mercado no alcanza el 10%, ni siquiera en su demanda más importante.

Una de las problemáticas de la presunción consagrada en la ley de S.P.D. es que no considera qué sucede cuando la empresa no tiene esta posición dominante en el mercado, como es el caso del comercializador puro, quien además de verse enfrentado a sus grandes competidores tiene el reto de prestar el servicio de energía a grandes consumidores,

especializados y con el poder económico, comercial y jurídico para determinar las condiciones contractuales y de prestación del servicio.

Al respecto, Cortázar (2011) ha indicado lo que se cita a continuación:

Salvo el caso del establecimiento por ley del poder de dominio con fundamento en la participación, como sucede en Colombia en el campo de los servicios públicos domiciliarios, debemos tener en cuenta que se trata de asunciones que en la perspectiva económica pueden llegar a carecer de sentido y con una perspectiva legal se trata de presunciones de hecho que lo que hacen es trasladar la carga de la prueba de la autoridad de competencia al agente económico interesado, que puede desvirtuarla. La cuota de participación efectivamente puede considerarse indicativa del dominio, pero teniendo en cuenta tanto la elasticidad de la demanda y la oferta. Mientras mayores sean las elasticidades, menor es la posibilidad del dominio y viceversa. (pp .97-98)

Como se ha puesto en evidencia, la posición dominante de la empresa frente al usuario adquiere otra arista cuando se trata de usuarios no regulados, pues claramente están facultados para negociar las particularidades del contrato y se encuentran equilibradas las cargas entre las partes. El doctor Dussan (2005) ha dicho que si bien la ley de S.P. trae una presunción que se puede desvirtuar demostrando equilibrio en las relaciones entre usuario-empresa o mediante la inclusión de cláusulas que lo posibiliten, “estas consideraciones pueden resultar difíciles de aplicar en el caso de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, quedando reducido su campo prácticamente a los grandes consumidores, cuyo poder de negociación puede justificar la inclusión de las misma” (pp. 351-352).

Para corroborar la tesis se indica lo siguiente: en sus análisis de información, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios incluye como una de las prácticas que



realizan las empresas de energía eléctrica y que evidencian abuso de la posición de estas, la relacionada con amarrar el contrato de suministro de energía a otros servicios que no son afines al mismo (García, 2010). Lo anterior podría ocurrir con los usuarios del mercado regulado que adhieren a un contrato de condiciones uniformes y en muchos casos desconocen las obligaciones adquiridas, situación diferente a la del usuario del mercado no regulado con quien se pactan, en la mayoría de los casos, servicios especiales y diferenciales que presta la empresa de energía con la que se contrata.

La presunción de posición dominante para el servicio público de energía eléctrica debería incluir un análisis diferencial cuando la empresa prestadora es un comercializador puro y cuando el usuario pertenece a la clasificación de ‘no regulado’, pues el desequilibrio empresa-usuario adquiere connotaciones diferentes. Al respecto, el estudio de la CEPAL (2001) manifiesta que:

(...) el mercado común de energía provee un campo de juego igual para todos los actores o sólo para un selecto grupo de jugadores principales. Mientras que el mercado y el poder de negociación de los grandes actores les da claramente ventajas sobre los productores y suministradores pequeños y medianos, existen otras consideraciones específicas, las que sugieren que podremos estar tratando con un mercado imperfecto, el cual está sujeto a restricciones, interferencias del legislador y posiciones iniciales desiguales de los actores del mercado. Los casos a propósito son: la existencia de subsidios estatales, la carencia de una legislación medioambiental consistente y las desventajas competitivas de los actores menores. (p. 24)

En este orden de ideas, es conveniente ver las condiciones actuales del comercializador puro frente a sus usuarios, al comercializador incumbente y a la regulación, para concluir que la

presunción de posición dominante no podría ser aplicada *per se* y necesita un juicio de valor más complejo y detallado.

**Tabla 2**

*Posición dominante versus clasificación de usuarios*

<b>TIPO DE USUARIO</b>	<b>COMERCIALIZADOR</b>	<b>POSICION DOMINANTE</b>
RURALES	PURO	SI
	INTEGRADO	SI
ZONAS NO INTERCONECTADAS	PURO	SI
	INTEGRADO	SI
BARRIOS SUBNORMALES	PURO	SI
	INTEGRADO	SI
RESIDENCIAL	PURO	SI
	INTEGRADO	SI
COMERCIAL	PURO	NO
	INTEGRADO	SI
INDUSTRIAL	PURO	NO
	INTEGRADO	SI
PROTECCION ESPECIAL	PURO	NO
	INTEGRADO	NO

A continuación se hace un análisis de las barreras actuales y desventajas que tienen los comercializadores puros frente a los demás comercializadores, usuarios y agentes del sector.

Para este estudio vale la pena traer algunas recomendaciones dadas por la comisión de expertos para la transformación del sector energético en Colombia, planteadas para el Banco Mundial, y las bases conceptuales elaboradas por la CREG, documento 110 de 2019. Asimismo, se tienen en cuenta los análisis que han hecho diferentes estudiosos de la materia, en los que se evidencia la posición de desigualdad en temas de competencia en la que se encuentra el comercializador puro frente a los demás agentes y los comercializadores que gozan de una condición de privilegio dentro de la cadena de la comercialización de energía.

### **Redes de Transmisión**

Como se mencionó en el capítulo II, una de las principales barreras que encuentra el comercializador puro es el acceso a las redes de transmisión. Bae et al. (2014) señalan que:

(...) la automatización en las redes de distribución, el intercambio de información en una interfaz de medición inteligente y la seguridad y privacidad en el intercambio de información son los temas más importantes en el mercado. Dado que la competencia minorista impone flujos de electricidad que cambian dinámicamente entre la distribución y el dominio del cliente, y la automatización puede eliminar virtualmente la necesidad de un manejo manual al tiempo que mejora la productividad y el rendimiento del operador de distribución, la automatización de la distribución debe implementarse preferentemente en la realización de modelo de competencia minorista. (p. 253)

Debe tenerse en cuenta que el comercializador puro toma su información recopilada de muchas fuentes a través de la medición inteligente, que proviene de la infraestructura. Con esta puede decidir qué servicios prestar, así como determinar el precio de la energía. Para la libre competencia es fundamental que se garantice un acceso abierto a las redes de distribución.

El acceso abierto significa que cualquier unidad de generación distribuida puede conectarse a la red de transmisión y distribución, y proporcionar su electricidad generada a la red. Sin embargo, dicho acceso abierto puede tener una conexión íntima con la estabilidad de la red de distribución; en otras palabras, la especificación y los criterios de rendimiento de los puntos de acceso abiertos pueden afectar directamente las operaciones y funciones de la automatización de la distribución. (Bae et al., 2014, p. 253)

El desconocimiento por parte de los usuarios de la libertad de escogencia del comercializador de energía eléctrica, consagrada en la Ley 142 de 1994<sup>13</sup>, lleva a que estos continúen con el comercializador que tenga predominio en su zona, dado su alto dominio de mercado. En la mayoría de los casos, este suele ser el propietario de las redes. Según la Resolución 110 de 2019, para 2018 había aproximadamente 14,6 millones de usuarios en Colombia que hacían parte del Sistema Interconectado Nacional, de acuerdo con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. De esos, 64 mil usuarios eran atendidos por un comercializador distinto al establecido. Lo anterior muestra la clara desventaja económica, tecnológica y competitiva en que se encuentra el comercializador puro frente al comercializador incumbente.

El problema básico que subyace a por qué la transmisión debe ser independiente de la generación en un RTO calificado es la amenaza de discriminación vertical en el acceso a los servicios de transmisión. La discriminación vertical en la transmisión es una seria

---

<sup>13</sup> **ARTÍCULO 9o. DERECHO DE LOS USUARIOS.** Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley. 9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.

preocupación porque la tecnología de transmisión continúa exhibiendo importantes economías de escala que a menudo impiden la competencia efectiva en la prestación de servicios de transmisión alternativos entre fuentes de generación y cargas. La amenaza percibida de discriminación vertical en la transmisión aumenta los riesgos asociados con inversiones tanto en generación como en obtención de habilidades comerciales de electricidad (formación y experiencia) con el fin de competir con los activos de generación propiedad de los operadores de los activos de transmisión. Este riesgo percibido desalienta la entrada de empresas generadoras y comerciantes, haciendo menos probable la competencia efectiva en generación.

Es probable que la oferta reducida (menos entrada de generación) y los mercados más delgados (menos comercio) den lugar a precios más altos para los consumidores de lo que existiría sin tal discriminación potencial de transmisión. (OCDE, 2001, p. 36)

Otra desventaja para el comercializador es que el margen de la comercialización es regulado, lo que significa que no se deja a la competencia y tampoco reconoce costos de gestión del cuidado del usuario. Esto hace que el cambio de usuarios entre comercializadores sea bajo, además de otras razones como las barreras de acceso a los mercados y las instalaciones esenciales por parte de los demás agentes.

La desregulación del mercado eléctrico ha sido una tendencia mundial en el sector del suministro eléctrico durante las últimas dos décadas. En Europa, el proceso ha sido impulsado por la legislación de la UE, es decir, las Directivas y Reglamentos del Mercado Eléctrico de 1996, 2003 y 2009. Los objetivos fundamentales de la desregulación del mercado eléctrico han sido reducir el papel de los gobiernos en el sector, introducir competencia - donde sea factible, y para aumentar la participación desde el lado de la demanda. Esto último ha significado, por

ejemplo, la libre elección de un proveedor para usuarios de electricidad (Harris, 2006). Se ha considerado que la desregulación del mercado eléctrico aumenta la competencia entre los agentes participantes, posibilita la eficiencia, mejora la calidad del servicio y facilita la reducción de costos. (Makkonen et al., 2012, p. 431)

### **Integración de Generadores Comercializadores en el Mercado eléctrico**

En la industria eléctrica, en general se reconoce que los segmentos competitivos de la industria son la generación de electricidad, la función conocida como "venta al por menor", "comercialización" o "suministro", que implica actuar como intermediario entre los consumidores finales y la generación de electricidad, empresas de transmisión y distribución, y la comercialización de electricidad en un mercado eléctrico. Por otro lado, existen importantes economías de densidad en la distribución, especialmente para clientes más pequeños. Hay economías de escala en la transmisión de electricidad, pero puede haber algunas margen de competencia en función de la magnitud de la demanda y la ubicación geográfica de generadores y consumidores. (OCDE, 2001, pp. 31-32)

La integración vertical del distribuidor con el comercializador le otorga una ventaja competitiva al comercializador establecido frente a quien busque disputar su mercado y no esté integrado con el distribuidor local, propietario de las redes de distribución y para quien los costos de la tarifa pueden ser más rentables. Al respecto, los expertos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas indican lo siguiente:

Algunos efectos nocivos en la competencia pueden surgir ante la integración de una actividad que se presta en condiciones de competencia (como suele ser el caso de la distribución) con otra que se presta en condiciones de competencia (como suele ser el caso de la comercialización). En estos casos, el agente verticalmente integrado tiene

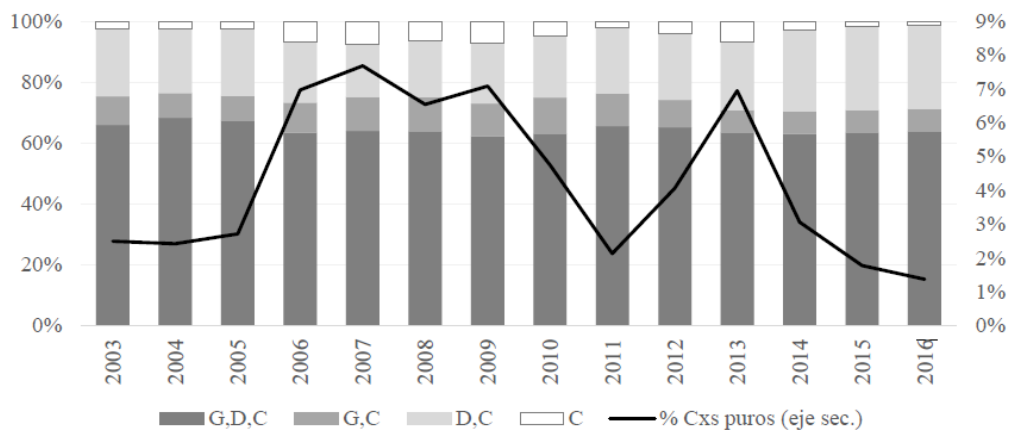
incentivos para adoptar comportamientos estratégicos que van en detrimento de la posible entrada o permanecía de agentes que busquen competir en la actividad de comercialización. (Resolución 110 de 2019, pp. 12-13)

Las reglas para la actividad de comercialización en Colombia se aplican tanto para comercializadores integrados con el generador, con el distribuidor o si son comercializadores no integrados, independientemente, desafortunadamente para este último y en la mayoría de los casos sin tener la posibilidad de gestionar la compra de energía con su propia fuente de producción. Así las cosas, los comercializadores integrados tienen una ventaja competitiva frente al comercializador puro, debido a que la Ley 142 de 1994 permitió la integración de los agentes que se encontraban desarrollando actividades antes de la vigencia de la norma.

Según datos del Sistema Único de información –SUI-, más del 98% de la demanda regulada en Colombia es atendida por el operador de red, denotando un claro ejercicio de poder dominante por el comercializador incumbente, que se ve favorecido bajo el marco regulatorio frente a otros comercializadores por operar la red de distribución. Los comercializadores incumbentes, al atender clientes por defecto, no tienen incentivo alguno a adaptar nuevas tecnologías o a favorecer la innovación en su propuesta de valor a los usuarios regulados. Además, la gran mayoría de usuarios regulados desconoce la posibilidad de elección de su comercializador de electricidad y se enfrenta a otras barreras como los altos costos para cambiar de comercializador y la asimetría en la información. (Pérez, 2018, p. 8)

**Figura 6**

*Evolución de la participación en ventas por tipo de integración de los agentes*



*Fuente:* Pérez (2018).

Los comercializadores puros no superaron el 1% del total de las ventas del mercado durante 2016 y como máximo alcanzaron 8% durante 2007, lo que demuestra una participación de mercado marginal que se encuentra atomizada en varios competidores. Según Pérez (2018), la mayoría del mercado es atendida “por empresas integradas verticalmente en las tres actividades posibles (G,D,C), que complementado con las integradas con distribución (D,C) abarcan el 91% del mercado, demostrando una clara concentración de mercado entre los agentes integrados (p. 26).

Debe tenerse en cuenta que siempre se ha reconocido la importancia del poder de mercado horizontal en la generación. Al respecto, Cardell et al. (1997) indican que:

Por ejemplo, hace varios años, Joskow y Schmalensee (1990) describieron los problemas que deben abordarse al considerar la eficiencia de la competencia y las implicaciones del poder de mercado. Su resumen estaba condicionado al interés en ese momento con inversiones a largo plazo en plantas de generación a gran escala, sobre las cuales hay



menos preocupación hoy en día, pero cubre la mayoría de los problemas relacionados con el poder del mercado, incluidos los costos hundidos y la competencia a corto plazo, en generación, largos plazos de entrega, la interacción entre la aplicación y regulación antimonopolio y la necesidad de un equilibrio entre mercados imperfectos y regulación imperfecta. (p. 111)

El estudio citado considera que la regulación debería ser diferencial en la fórmula tarifaria para atender la demanda regulada y debería considerar que los comercializadores integrados con el generador en el mercado colombiano tienen diferentes características con relación a los no integrados. Así, no es comparable la eficiencia en la contratación para la compra de energía: el que está integrado con el generador podrá tener mejores condiciones de mercado.

### *Asimetría de la Información*

Otro de los problemas que tiene el comercializador puro es la asimetría de la información frente a los comercializadores verticalmente integrados, dado que estos disponen de información privada en relación con la generación y distribución que desconoce el comercializador-competidor y que usa en su beneficio, lo que se refleja en mejor servicio y una mejor tarifa para sus usuarios. Como se ha mencionado, el comercializador puro encuentra diferentes barreras que dificultan la libre competencia en el mercado y lo ponen en una posición de desventaja frente a los demás comercializadores que están integrados verticalmente; estas barreras han hecho que la demanda, en su mayoría, sea cautiva.

(...) los comercializadores no enfrentan una competencia efectiva que los incentive a disputar agresivamente su mercado y a trasladar eficiencias a sus consumidores, pues al

no hacerlo pueden extraer rentas sin correr el riesgo de perder ingresos por la migración de clientes hacia otros comercializadores. (Resolución 110 de 2019, p. 27)

De acuerdo con Kroes (2005), se considera entonces que la política de competencia cumple con el objetivo de “garantizar que los mercados puedan operar de la manera más eficiente posible para ofrecer estos resultados a nuestros ciudadanos” (p. 2). Eliminar las barreras del mercado permite que haya un equilibrio entre los participantes, a través de la intervención del gobierno o de las empresas. La barreras de la competencia pueden provenir de la sobrerregulación, la cual limita la libertad de las fuerza del mercado. Con igual importancia están las necesidades e intereses de los usuarios que muchas veces se encuentran a disgusto con las tarifas que pagan y los servicios que reciben (Kroes, 2005).

En el estudio realizado por la comisión del experto de la Misión de transformación energética se ha recomendado realizar modificaciones a la regulación, en el sentido en que la demanda no regulada debería tener la posibilidad de negociar independiente y directamente con los generadores.

La existencia de contratos marco para uso generalizado en toda la industria puede facilitar estas transacciones en el mercado OTC. Ahora, si los comercializadores deben mantenerse como intermediarios para la demanda no regulada, este último debería poder establecer relaciones simultáneas con tantos comercializadores como desee. (Corredor et al., 2020, p. 31)

Lo anterior, claramente, pone en una posición de desventaja al comercializador puro frente al mercado y soporta la tesis de que pretender que este se encuentre en una posición de dominio del mercado desvirtúa aún más la presunción establecida en la ley. En este contexto, el reto es desarrollar estrategias que permitan que el comercializador puro participe sin barreras

frente a los demás comercializadores, quienes detentan una posición de dominio en el mercado de energía eléctrica. Es así como bajo el nuevo paradigma de la industria eléctrica (competencia minorista) y las nuevas políticas de precios pueden ser posibles nuevos modelos de negocio.

Diferentes experiencias internacionales han mostrado que la apertura a la competencia minorista en el mercado de energía termina beneficiando al usuario, y para esto es necesario que se den cambios regulatorios a favor de los comercializadores puros, que van desde la reestructuración tarifaria hasta la disposición de una plataforma que les permita a los usuarios conocer las empresas que comercializan electricidad y sus respectivas tarifas. “Estos cambios propuestos buscan maximizar el beneficio social, considerando el necesario costo hundido que asume Colombia con la expansión obligatoria de la infraestructura de medición avanzada” (Pérez, 2018, p. 46).

## Conclusiones

La eliminación del monopolio por parte del Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios permitió la apertura de la competencia a agentes prestadores del servicio de energía, lo que posibilitó que los usuarios pudieran escoger al prestador entre muchos. Igualmente, empoderó al usuario con herramientas jurídicas y regulatorias que le hicieron posible ser parte activa en el contrato de prestación del servicio de energía y tener una posición igualitaria en la relación contractual.

La libre competencia en materia de servicios públicos marcó un hito en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, permitiendo la entrada de nuevos agentes, los cuales se encuentran en diferentes condiciones de posición de mercado y poder económico; esto genera una competencia con asimetría, por lo que los regímenes legales deberían fijar diferencias entre unos y otros, con distintas cargas de obligaciones para nivelar esta diferencia.

Los usuarios están clasificados en relación a su consumo: los ‘regulados’ se encuentran sometidos a un régimen, mientras que los ‘no regulados’ gozan de libertad de negociación del suministro y de las condiciones del contrato de prestación. Estos últimos son, generalmente, grandes consumidores de energía y se encuentran facultados por la legislación para lograr una posición de igualdad con relación a la empresa prestadora. En consecuencia, el desequilibrio existente en la relación contractual desaparece al revestir al usuario no regulado de la facultad de participar activamente en el mercado de la energía.

Por otra parte, la ley de servicios públicos domiciliarios establece una presunción de posición dominante de la E.S.P. frente a sus usuarios, como se mostró a lo largo del escrito. Sin embargo, esta debería limitarse a los usuarios regulados y a los casos particulares en los que el comercializador tenga el 25% de los usuarios que conforman el mercado. Dicho de otro modo, la

ley debería definir la presunción de posición dominante de acuerdo al poder que tenga el comercializador de energía en el mercado y a la clasificación del usuario según su consumo o la relevancia que este tenga para la empresa prestadora y, en consecuencia, le dé el suficiente poder para exigir condiciones especiales.

La figura del comercializador puro tiene el reto, además, de verse enfrentada a sus grandes competidores. Debe prestar el servicio de energía a grandes consumidores, especializados y con el poder económico, comercial y jurídico para determinar las condiciones contractuales y de la prestación del servicio y, claramente, la presunción de posición dominante deja de existir por sí misma.

La presunción de dominio de las empresas en sus relaciones con sus usuarios debe limitarse y no ser absoluta. Los usuarios no se encuentran desprotegidos, pues existen herramientas jurídicas y regulatorias que pueden salvaguardar sus intereses. A la fecha nos encontramos con consumidores especializados y profesionales que pueden intervenir de manera relevante en el mercado de la energía. De esta manera, la presunción de posición dominante de las empresas no puede existir *per se*, sino que debe aplicarse dependiendo de la situación que ocupe cada empresa prestadora en el mercado, la clase de usuario y las condiciones contractuales pactadas con este

Como lo indicó la Corte Constitucional, para determinar que existe posición dominante debe suceder que la empresa tenga poder o fuerza económica suficientes para determinar las condiciones del mercado de manera individual y eficaz. A través de la investigación se ha demostrado que no todas las empresas que prestan el servicio de energía se encuentran en esta posición, ni económica ni en el mercado, y que en muchas ocasiones no es esta la que establece las condiciones que regirán la relación contractual.

Por otro lado, para el comercializador puro es poco posible determinar condiciones del mercado de manera independiente, al igual que establecer precios o condiciones particulares. En la mayoría de los casos, los agentes que tienen una posición dominante en el mercado de energía (como los comercializadores que se encuentran integrados y los operadores de red) son regulados. Al ser una parte considerable de la demanda del comercializador puro, estos pueden establecer condiciones especiales frente al mercado regulado. Tampoco se encuentran alejados los esfuerzos que debe hacer el comercializador puro para mantener la demanda, pues los nuevos usuarios de energía se encuentran interesados en una gestión más eficiente de su consumo de energía y por esta razón se interesan en un comercializador que les ofrezca beneficios adicionales, lo que genera más costos para el comercializador.

En consecuencia, no se puede hablar de posición dominante cuando no se tiene ni la fuerza económica ni el poder suficiente para determinar condiciones particulares del mercado. Para finalizar, debe tenerse en cuenta que el espíritu de la Ley 142 de 1994 era la apertura del mercado a otros agentes y la competencia; por esta razón nació la figura del comercializador puro, sobre el cual recae la intermediación entre el usuario y su protección frente a los demás agentes.

La normatividad aplicable debe suavizar las cargas y entender que no puede pretenderse una legislación en igualdad de conceptos para los comercializadores porque, como se ha visto en este estudio, la posición del comercializador puro frente al usuario (en especial el usuario del mercado no regulado) y a los demás comercializadores está en clara desventaja y desigualdad en las condiciones actuales del mercado de energía eléctrica. En este sentido, la CREG viene dando algunas señales regulatorias, como la Resolución 130 de 2019, con la cual se han adelantado

algunas implementaciones de competencia entre las empresas, buscando evitar la posición de dominio que puedan tener las integradas sobre el comercializador puro.

## Referencias Bibliográficas

- Achicanoy, S. X. (2017). *La actividad de comercialización de energía eléctrica en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia].
- Alessandri Rodríguez, A. (1988). *Teoría de las obligaciones: primera parte: versiones taquigráficas de la cátedra del derecho civil*. Imprenta el Esfuerzo.
- Álvarez, S. y Tamayo, M. P. (2006). Descripción del funcionamiento del sector eléctrico colombiano. *Ecos de Economía* 10(22), 7-44. <https://bit.ly/2JZeLRx>
- Amador Cabra, L. E. (2008). Constitución de 1991, competencia y servicios públicos domiciliarios. *Con-texto revista de derecho y economía*, (28), 9-43.
- Arévalo, I. H. (2004). Perspectiva crítica del régimen de protección de los usuarios de energía eléctrica y gas. En L. F. Moreno (Ed.), *Derecho de los usuarios del servicio público de energía eléctrica y gas*. Universidad Externado de Colombia.
- Atehortúa, C. A. (2006). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de controles*. Universidad Externado de Colombia.
- Bae, M., Kim, H., Kim, E., Chung, A. Y., Kim, H. y Roh, J. H. (2014). Toward electricity retail competition: Survey and case study on technical infrastructure for advanced electricity market system. *Applied Energy*, 133, 252-273.  
<https://doi.org/10.1016/j.apenergy.2014.07.044>
- Cardell, J. B., Cullen Hitt, C. y Hogan, W. (1997). *Market power and strategic interaction in electricity networks*. [https://doi.org/10.1016/S0928-7655\(97\)00006-7](https://doi.org/10.1016/S0928-7655(97)00006-7)
- CEPAL. (2001). Reformas del sector energético, desafíos regulatorios y desarrollo sustentable en Europa y América Latina. <https://bit.ly/2YCBcT0>



Comisión de Regulación de Energía y Gas (2004). *Cartilla del usuario de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible*. <https://bit.ly/2N0D4zH>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2017). *Ley Tipo de Defensa de la Competencia*. <https://bit.ly/2CobSFx>

Consejo de Estado. (1997). Expediente S-701. <https://bit.ly/2YyUXuT>

Corredor, P., Helman, U., Jara, D. y Wolak, F. A. (2020). *Misión de transformación energética y modernización de la industria eléctrica: hoja de ruta para la energía del futuro*. <https://bit.ly/2AAAY6X>

Cortázar, J. (2011). *Curso de derecho de la competencia (Antimonopolio)*. Editorial Temis.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1993). Sentencia T-240.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015). Sentencia T-761.

Cuervo, G. L. (2005). Servicios Públicos Domiciliarios en Colombia: la reforma diez años después. *Territorios*, 0(14), 27-55. <https://bit.ly/2JZW5RD>

Decreto 2153 de 1992 [Ministerio de Desarrollo Económico]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 31 de diciembre de 1992.

Díaz Rodríguez, C. (2005). Cambio estratégico y tendencias en la prestación del servicio de energía eléctrica. *Tecnogestión: Una Mirada Al Ambiente*, 2(1). <https://bit.ly/2N07Vw4>

Dussan, J. (2005). *El régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Universidad Javeriana.

Escudero, A. C. y Botero, S. (2006). Caracterización del mercado de energía eléctrica para usuarios no regulados en Colombia. *Ensayos de Economía* 15(28), 55-70. <https://bit.ly/2K0nLpt>

- Evans, L. (2017). The electricity spot market: Is it future-proof? *The Electricity Journal*, (30), 25-29. <https://doi.org/10.1016/j.tej.2017.01.010>
- Fallo 17907 de 2012. [Consejo de Estado]. 1 de marzo de 2012. <https://bit.ly/2UV4QSD>
- García, R. (2010). *Los abusos en la prestación de los servicios publico domiciliarios*. Librería ediciones del profesional Ltda.
- Interconexión Eléctrica ISA. (2002). *El sector eléctrico colombiano: orígenes, evolución y retos o un siglo de desarrollo: [1882-1999]*. Interconexión Eléctrica.
- Kroes, N. (2005). *European Competition Policy –Delivering Better Markets and Better Choices*. <https://bit.ly/3huMTE4>
- Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. 11 de julio de 1994. D.O. No. 41433.
- Ley 143 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. 12 de julio de 1994. D.O. No. 41434.
- Makkonen, M., Pätäri, S., Jantunen, A. y Viljainen, S. (2012). Competition in the European electricity markets – outcomes of a Delphi study. *Energy Policy, Elsevier*, 44(C), 431-440. DOI: 10.1016/j.enpol.2012.02.014
- Matias Camargo, S. R. (2001). *Los servicios públicos domiciliarios. Análisis socio jurídico*. Universidad Libre.
- Matias Camargo, S. R. (2015). *La Teoría del Servicio Público y las Telecomunicaciones*. <https://bit.ly/36BrIL0>

- Moreno, L. F. (2003). Los grupos empresariales de los servicios públicos de energía eléctrica y gas desde la perspectiva del Derecho de la competencia colombiano. En C. Amín (Coord.), *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*. Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, L. F. (2012). *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: La convergencia entre libre competencia e intervención estatal*. Universidad Externado de Colombia. doi:10.4000/books.uec.125
- Navarro, K. y Moreno, L. F. (2018). *Teoría de los servicios públicos*. Universidad Externado de Colombia.
- Nihoul, P. (2005). *Introducción al derecho de la competencia. Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas*. Universidad Externado de Colombia.
- Organisation for economic co-operation and development - OECD. (2001). *Competition and regulatory reform Restructuring Public Utilities for Competition*.
- Ortega Torres, J. (1984). *Código civil colombiano*. Editorial Temis.
- Palacio Hincapié, J. A., Muñoz, Z. P., Castro, H. F., García, J. A. y Sandoval, J. (2006). *Régimen contractual Colombiano de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas*. Universidad Militar Nueva Granada.
- Palacios Mejía, H. (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Editorial Derecho Vigente.
- Palacios Mejía, H. (2002). Los servicios públicos domiciliarios: una nueva lectura del Estado social y democrático de derecho. En G. Sánchez, H. Pacheco y Y. Alvarado (Eds.), *Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios* (pp. 22-37). <https://bit.ly/2KdnRKL>

- Palacios Mejía, H. (2007). La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios. *Con-texto revista de derecho y economía*, (21), 39-56. <https://bit.ly/2oUnWeD>
- Palomo García, N. (2003). *Regulación eléctrica. Estudio jurídico*. Universidad Externado de Colombia.
- Parra Quijano, J. (2009). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pérez Arango, S. (2018). Competencia minorista en el mercado de electricidad en Colombia: Diagnóstico y recomendaciones basadas en experiencias internacionales [Tesis de maestría, Universidad EAFIT].
- Pulido Sierra, L. J. (2012). *Servicios públicos domiciliarios, estudio crítico del régimen legal, contractual y los derechos de los usuarios*. Editorial Ibáñez.
- Resolución 108 de 1997 [Comisión de Regulación de Energía y Gas]. Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones. 3 de julio de 1997.
- Resolución 110 de 2019 [Comisión de Regulación de Energía y Gas]. Por la cual se determina el precio máximo regulado de suministro de GLP producido en el CPF Cupiagua. 18 de septiembre de 2019.
- Rhein, V. (2012), *Livre iniciativa nos servicios publicos*. Editora Forum.
- Rodríguez Romero, L. (1993). La teoría clásica de la regulación de monopolios naturales. *Revista de economía*, 723, 19-33. <https://bit.ly/2zxOMPb>

Sánchez Luque, G. (2010). La Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios (A pesar de lo dispuesto por la Ley 1340 de 2009). *Con-texto revista de derecho y economía*, (32), 115-150.

<https://bit.ly/2JYU0Ft>

Santofimio Gamboa, J. O. (2000). *El concepto de usuario en el régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Universidad Externado de Colombia.

Sifontes, D. (2003). *Regulación económica y agencias regulatorias independientes: una revisión de la literatura*. <https://bit.ly/32IXFUd>

Superintendencia de Industria y Comercio. (2017). Boletín jurídico No. 17-109587 de 2017.

<https://bit.ly/3ozjtap>

Superintendencia de servicios públicos domiciliarios. (2020). *Concepto Unificado No. 38 de 2020 - Usuarios no regulados del servicio público domiciliario de energía eléctrica*.

<https://bit.ly/3m10fJ4>

Tribunal de Defensa de la Competencia. (1993). *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*.

Unidad de Planeación Minero Energética. (2004). *Una visión del mercado eléctrico colombiano*.

<https://bit.ly/3fpviLK>

Valencia, G. (2004). Metamorfosis del Estado: De empresario a regulador: El caso de los servicios públicos domiciliarios en Colombia. *Ecos de economía* 8(18), 7-32.

<https://bit.ly/2Ckq9D8>

Valencia, G. (2006). Los servicios públicos domiciliarios en Colombia a la luz del modelo de Salida, voz y libertad de Albert Hirschman. *Lecturas de economía*, 140, 117-142.

<https://bit.ly/2MZvN3e>

- Vélez Álvarez, L. G., Ramírez Hassan, A., Londoño Sierra, L. J., Giraldo Pérez, Y. H. y Londoño Cano, D. (2011). Regulación y bienestar económico: Evaluación de la regulación de servicios públicos domiciliarios de acueducto y electricidad en Colombia en los noventa. El caso de Empresas Públicas de Medellín. *Lecturas De Economía*, 74(74), 231-270. <https://bit.ly/3hCia82>
- Vélez, L. G. (2006). Diez años de regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: lo bueno, lo malo, lo feo de un modelo mestizo. *Lectura de Económica*, (64), 143-165. <https://bit.ly/2Yyn39n>
- Villalba, J. C. y Fandiño, X. K. (2013). *El contrato a condiciones uniformes en los servicios públicos domiciliarios*. <https://bit.ly/3efalh6>
- XM. (2019). *Mercado de energía. Estructura del mercado*. <https://bit.ly/2NNB8KX>
- Zapata, D. C. y Gil, W. (2005). El usuario de los servicios públicos domiciliarios. *Estudios de derecho*, (62)140, 44-92. <https://bit.ly/2C81tRG>