

HACIA UN MERCADO “LIBRE” DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA EXPERIENCIA DE ESPAÑA Y COLOMBIA

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ SERNA*

ABSTRACT

The liberalisation of the energy market supposed at first that it could be possible to have a free market without public intervention. However, the experience shows us that the competition in this market needs public help to stay viable. The Spanish and Colombian experiences prove this necessity.

Sumario

1. Introducción
2. Algunas particularidades comunes a los sistemas eléctricos
3. Caso español
4. Caso colombiano
5. Conclusiones

Bibliografía

* Abogado javeriano. Especialista en derecho administrativo. Estudios avanzados en derecho de la energía y derecho administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Candidato al título de Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

1. INTRODUCCIÓN

Los procesos liberalizadores de la energía eléctrica en el mundo han tenido sus propias particularidades conforme a las singularidades físicas y técnico-económicas de cada país. Sin embargo, la experiencia nos está enseñando, tanto en modelos europeos como en americanos, la necesidad de claridad en cuanto a los costos necesarios para la competencia, mal llamados—aunque bien usados—en España: “*costes de transición a la competencia CTC*”.

Se supone que todo proceso liberalizador requiere de ciertos ajustes legislativos para que las empresas puedan pasar de un régimen regulado a uno de mercado, sin ver afectada su viabilidad financiera. Conforme a ello se han creado diferentes figuras regulatorias alrededor del tema en el mundo, y de esta forma, tras la teoría liberalizadora se han diseñado mecanismos regulatorios intervencionistas, que tienen como única justificación el dejar a las antiguas empresas en un nivel que les permita competir en el mercado a través de una “compensación”.

El problema grave que se presenta en el modelo europeo en general, en España en particular, ha radicado en suponer que la teoría liberalizadora en el sector de la energía eléctrica encaja con la realidad técnica del sector, asumiendo que basta con un período transitorio de compensaciones para abordar un modelo de libre competencia.

En teoría, al pasar a un modelo de libre mercado, los actores del sector deberían entrar a competir en igualdad de condiciones, de tal forma, que la nueva legislación no generara, como consecuencia, efectos negativos a algunos de los competidores (por ejemplo, impidiéndoles su viabilidad financiera), sino que todos asumieran por igual el nuevo desafío político y económico, pasando, si es necesario, solo por una fase apenas transitoria de adaptación al entorno competitivo.

En España, por ejemplo, se aceptó de forma generalizada la existencia de perjuicios transitorios generados por la liberalización del mercado de la energía, y por tanto, la necesidad de pasar por un período transitorio de compensaciones estatales, a través de los CTC; sin embargo, —como lo veremos a continuación— la realidad del sector ha comenzado a develar que los CTC no son lo que se creía en cuanto

a su transitoriedad, y por tanto, la teoría parece no encajar con la realidad.

El ejemplo colombiano es bien distinto, pues el error no estuvo en crear un modelo transitorio inadecuado en cuanto a su permanencia sino en la inexistencia misma de dicho modelo regulatorio, pues no se previó realmente una regulación para el tránsito a la competencia.

2. ALGUNAS PARTICULARIDADES COMUNES A LOS SISTEMAS ELÉCTRICOS

Antes de entrar a analizar los modelos jurídicos adoptados en los mencionados mercados liberalizados (España y Colombia), y los problemas que se han presentado en el tránsito a la competencia, resulta necesario entender, aunque sea de forma sucinta, parte de la realidad técnica común a todos los sistemas eléctricos, pues el desconocimiento de las singularidades de la energía, y su imposibilidad de compararse con otros productos, genera regulaciones y decisiones judiciales y arbitrales alejadas de la realidad.

La divergencia tecnológica en el suministro de electricidad impide que el mercado por sí solo determine un precio que compense a todos los suministradores; es así que el mismo mercado genera desajustes que hacen imprescindible la gestión regulatoria e intervencionista a través de remedos administrativos compensatorios de las deficiencias del mercado¹. Pretender que exista competencia, cuando la energía, es un producto *sui generis*, no comparable con ninguno otro en el mercado, y cuyas características son contrarias a él, es un elemento que puede generar cierto grado de inseguridad jurídica en un sector que se dice liberalizado. Lo cierto es que la energía se produce a través de diferentes tecnologías, todas a diferentes costos de producción, pero a diferencia de lo que sucede en otros mercados, también liberalizados, el producto final “la electricidad” es siempre el

1 FABRA UTRAY, JORGE, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, prólogos de LUCIANO PAREJO ALFONSO y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 396.

mismo (sin que pueda diferenciarse el modelo de producción utilizado); lo que sí es diferenciable, es el esfuerzo económico que se debe hacer para su producción.

La electricidad a diferencia de otros bienes o servicios no es sustituible, razón por la cual el Estado debe garantizar en todo momento un dimensionamiento adecuado en materia de generación. Una de las características más complejas radica en que no hay posibilidades técnicas ni económicas de acudir a una sola fuente de energía para abastecer toda la demanda². Por supuesto, hay lugares en el mundo donde las características naturales permiten que el sistema tenga como base de funcionamiento la energía hidroeléctrica, como por ejemplo sucede en Colombia, sin embargo, no hay lugar en el mundo donde no sea necesaria la convergencia de tecnologías en mayor o menor medida. Los precios en la generación de energía eléctrica dependen del tipo de fuente primaria de energía a la que se recurra, pero ninguna de esas fuentes primarias es susceptible de remplazar por completo las otras tecnologías por lo menos a largo plazo, por tanto, estamos ante un bien único suministrado por empresas con estructuras económicas y técnicas diversas que necesariamente deben coexistir en un mercado libre.

En otras palabras, como la energía no se puede diferenciar en sus cualidades y se distribuye a través de un sistema unificado, no hay lugar a distinguir el producto final, y de esta forma

“los efectos de la homogeneidad en la electricidad, en contra de lo que parecería, resultan ir en la dirección contraria al mercado”³.

Así que el mercado no puede establecer plenamente los costos y los precios, y resulta necesario intervenir con retribuciones económicas, exista o no liberalización, considerándose o no servicio público, ya que las particularidades del sector impiden que el mercado recompense de forma equitativa los costos fijos de todos los generadores necesarios para la estabilidad del sistema.

2 FABRA UTRAY, JORGE, *ibídem*, pág. 64.

3 FABRA UTRAY, JORGE, *Ibíd.*, pág. 156-157

Por esta razón al analizar los sistemas de energía liberalizados, no basta entonces, quedarnos en el lado de una perspectiva ultraliberal y capitalista que le da prioridad al mercado, cuando estamos frente a un producto que no permite comparación con ningún otro; los cambios regulatorios derivados de la liberalización del mercado de la energía deben tener presente que el funcionamiento técnico del sistema permanece invariable, no obstante los cambios filosóficos, constitucionales y legales, pues independientemente de cualquier idea de liberalización del mercado estamos frente a un sistema que no puede depender de una sola tecnología de producción, ni de una sola materia prima, pero debe someterse a diferentes costos de producción de un bien o servicio que tiene que venderse bajo cierta homogeneidad en el precio; teniendo en cuenta además, que el acceso a los recursos que sirven de materia prima para la producción de energía se encuentran limitados por su existencia y disponibilidad en la naturaleza.

Estas particularidades, que por supuesto no son las únicas, impiden la construcción de un verdadero mercado de la energía puesto que la tecnología de menores costos, como por ejemplo, la energía hidroeléctrica, no puede sustituir por completo las necesidades de generación térmica aunque la producción de esta última sea excesivamente más costosa; al final la energía independientemente de su procedencia debe ofrecerse al consumidor a un mismo precio sin poder hacer distinción entre ellas, pues al entrar al sistema pierde su individualidad. No hay duda entonces del desequilibrio que a nivel de costos de generación se presenta en cualquier sistema eléctrico.

La intervención legal y administrativa dirigida a solventar esta falla permanente del mercado de la energía ha seguido distintos cauces alrededor del mundo por la difícil adaptabilidad del concepto de retribución estatal permanente a empresas individualizadas en mercados que se dicen liberalizados. Muestra de ello es la historia de los *costes de transición a la competencia* en España y su repercusión en la UE, que mencionaré brevemente a continuación, antes de entrar a analizar el modelo seguido en Colombia.

3. CASO ESPAÑOL

En los años setenta se puso en evidencia la falta de diversificación en materia energética, razón por la cual se hizo imprescindible incentivar a las empresas para que hicieran grandes inversiones y así, evitar la excesiva dependencia del petróleo⁴.

Para lograr este fin, las políticas del gobierno español se encaminaron a crear incentivos de inversión; ejemplo de ello, fue el Real Decreto 1538 de 1987, del 11 de diciembre, de determinación de la tarifa de las empresas gestoras del servicio, que estableció el denominado *marco legal estable*, que a su vez tenía como antecedente próximo la firma del protocolo de mayo de 1983 entre el gobierno y las empresas del sector, en el cual se acordó el establecimiento de un sistema retributivo que compensará a las empresas por las inversiones realizadas. Conforme al citado marco legal estable las empresas tenían una garantía de recuperación del valor estándar de las inversiones realizadas, de tal forma que se calculaba los ingresos que se suponía deberían recibir, y sobre dicho cálculo se compensaba⁵. Esta política de protección continuó con la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional —LOSEN—.

En tiempo posterior, se decidió cambiar la política general para adecuarla a los lineamientos liberalizadores comunitarios, dictándose así, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (en adelante LSE), que transpuso a su vez la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 19 de diciembre, sobre el mercado interior de la electricidad; dicha ley tiene como precedente

4 Sin embargo, como lo señala GÓMEZ-FERRER RINCÓN, “debido a las tendencias inflacionistas del momento no se pudo retribuir adecuadamente a las empresas eléctricas por las inversiones realizadas.”/ GÓMEZ-FERRER RINCÓN, RAFAEL, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, prólogo de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 103.

5 LÓPEZ MILLA, JULIÁN, “La determinación de los costes de transición a la competencia en el sector eléctrico español”, en: *Boletín ICE Económico. Información comercial española*, 10 a 23 de abril /2000, n° 2650, pág. 20.

una estrategia respecto a la liberalización del sector, recogida en el denominado “*Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del Sistema Eléctrico Nacional*”, negociado entre el Ministerio de Industria y Energía y las empresas eléctricas⁶; con ella se esperaba dar un giro a la filosofía política y económica del sector, para que desde ese momento no sea el Estado el que tenga el control del sistema, sino que sean las fuerzas de la oferta y la demanda las que asignen de forma eficiente los recursos del mercado; en otras palabras, se quiso liberalizar el mercado de la energía eléctrica, y de forma correlativa, imponerse otro tipo de regulación⁷.

Con el fin de dar el paso hacia un mercado liberalizado, se crearon los CTC, o por lo menos, esa fue la explicación que se dio a la opinión pública, pues a primera vista se supone que en un mercado donde el Estado debe intervenir de forma limitada, y donde la competencia es la regla, el Estado español no podía permitirse ayudas permanentes de tamaño envergadura a las empresas generadoras, so pena de fuertes repercusiones políticas y monetarias a nivel comunitario.

Sin embargo, de forma generalizada, y sin mayores discusiones al respecto, se entendió que los CTC eran una consecuencia de la evolución hacia un modelo de libre mercado, pues servían de compensación transitoria para afrontar los perjuicios que el cambio de regulación producía⁸.

Las discusiones doctrinarias giraron en torno a la forma como debía justificarse ese mecanismo transitorio, y no sobre su relación directa con el cambio de filosofía política del sector de la energía; al parecer a nadie le preocupó si se trataba en realidad de un mecanismo transitorio

6 Los principios establecidos en dicho protocolo constituyeron el punto de partida para el desarrollo de la Ley del sector eléctrico (LSE). RODRÍGUEZ ROMERO, LUIS, “Regulación, estructura y competencia en el sector eléctrico español”, en: *Economistas*, nº 82, diciembre 1999.

7 GÓMEZ-FERRER RINCÓN, RAFAEL, ob., cit., pág. 117.

8 No se trataba de un valor fijo anual, sino por el contrario, de una cifra que podía variar de acuerdo a los ingresos obtenidos cada año en función de la liquidación que se realizara. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, RAFAEL, ob., cit., pág. 125.

y si de verdad, era una necesidad surgida tras el cambio al modelo de libre mercado o si era una necesidad preexistente.

La LSE no definía la naturaleza jurídica de la suma que empezarían a recibir los generadores; posteriormente la Ley 50/1998, del 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó la regulación de la ley en esta materia, señalando que se recibe el reconocimiento de los CTC a título de compensación⁹. Con este pronunciamiento, se inició una interesante controversia jurídico doctrinal sobre el porqué de la compensación; es decir, sobre la justificación que tenía el Estado español para obligarse a dicho pago (asimilando el término compensación a pago de lo debido), y de forma correlativa, si existía un derecho a ella, o si por el contrario se trataba de una decisión discrecional de tipo político, conforme a la liberalización del sector. Las discusiones giraron en torno a diversas teorías¹⁰ que pudiesen

9 Ibidem, pág. 130.

10 *Teoría del contrato implícito*: según esta teoría, el marco legal estable creó un “contrato implícito”, que debía ser respetado; de esta forma, las obligaciones que se impusieron a las empresas y la protección del regulador en su momento, suponían la existencia de un acuerdo de voluntades tácito, asimilable a un contrato (Ibidem, pág. 327). Esta teoría era jurídicamente difícil de sostener, pues si se apoyara, cualquier ley que reportara un beneficio para los administrados, no podría ser modificada por el legislador de forma libre, pues estaría atado a un contrato suscrito con los administrados que cumplieron dichas normas a cambio de que se mantengan indefinidamente en el tiempo. En apoyo de esta teoría, se decía que el marco legal estable, a diferencia de cualquier otra normativa, incitó a las empresas a la inversión, y muestra de ello es el denominado protocolo, al que ya hice mención atrás; sin embargo, como respuesta a ello, me pregunto si el citado protocolo no supondría, desde esa perspectiva, límites al legislador, impuestos por el gobierno.

Teoría en la que se hace responsable al Estado, por la vulneración del derecho de propiedad: Esta tesis tenía dos variantes: b.1) *Expropiación por ley de derechos de propiedad (entendiendo las expectativas como un derecho consolidado)*: ARIÑO y VELASCO aseguraban que con la liberalización se realizó una expropiación por ley, y para que fuese constitucional debía preverse una indemnización (CTC); sin embargo, ellos mismos no consideraban viable que se aceptara su posición, porque en el concepto de propiedad manejado por el Tribunal español no caben las expectativas de amortización con rendimientos futuros, y además, sólo se reconoce carácter expropiatorio a una ley (respecto de concretos derechos de propiedad) cuando se produce una privación total de esos derechos o afecta su núcleo esencial. (ARIÑO ORTIZ, GASPAR; VELASCO, FRANCISCO, ob., cit., pág. 171).

explicar la naturaleza jurídica de dicha retribución, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades a las cuales se enfrentan los estados miembros

b.2) *Expropiación por ley de derechos sobre créditos no satisfechos*: como posición opcional, ARIÑO y VELASCO opinaban que de acuerdo a la jurisprudencia elaborada hasta ese momento, la única posibilidad para proteger a las empresas eléctricas con los CTC, era justificándolos como costes varados (costes diferidos técnicos), pues de esta forma harían parte del concepto de propiedad garantizada constitucionalmente. *Ibidem*, págs. 154 - 155; es decir, créditos ya devengados pero no satisfechos. (Esta tesis usó como apoyo la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1987). El legislador podría entonces, expropiar esos derechos de crédito, indemnizando a las empresas eléctricas. El problema que dicha teoría presentaba, radicó en la justificación de los costes hundidos, pues sobre ellos no se podría aplicar la misma lógica; sería muy difícil que el Tribunal Constitucional español reconociera un derecho a la recuperación de la inversión¹⁰. Esta tesis, al no poder sustentar el pago del cien por ciento de los actuales CTC, fue menospreciada por la doctrina mayoritaria.

Teoría que hace responsable al Estado español por aplicación retroactiva de una ley restrictiva de derechos individuales: el gran problema con el que se enfrentó esta teoría, era la imposibilidad de demostrar que existieran derechos consolidados conforme al artículo 9.3 C.E., y no simples expectativas. Además, con el artículo 139.3 LRJ-PAC Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, queda prohibida la compensación, si la ley en concreto no las prevé expresamente, bloqueando así las vías de compensación para los daños residuales, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ARIÑO ORTIZ, GASPAS, VELASCO, FRANCISCO, *ob.*, *cit.*, pág. 171, Los autores exponen jurisprudencia constitucional que acepta que la aplicación de leyes válidas puede suponer un sacrificio para algunos ciudadanos, y se indican casos en España en que se dieron compensaciones adicionales.

El principio de confianza legítima: se trataba de darle un reconocimiento económico a la confianza de los particulares en el protocolo y las leyes anteriores al cambio de modelo económico del sector; conforme a él, se buscaba justificar la compensación ante los cambios normativos razonablemente imprevistos, teniendo como fundamento la doctrina alemana, y su desarrollo como principio de orden comunitario. Sin embargo, aunque la jurisprudencia ha hecho algunas declaraciones sobre el principio, las consecuencias prácticas de ellas no han sido relevantes en España; ello se debe, a la timidez de aplicación que genera su escaso desarrollo jurisprudencial como parámetro de validez de las leyes; además, y como razón fundamental, no tiene rango constitucional, y por tanto, no puede ser usado para hacer un reproche al legislador; de ahí la timidez en la jurisprudencia para acudir a él; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nunca le ha dado al principio la fuerza para imponerse a una ley formal. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 159, septiembre-diciembre 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

al otorgar ayudas estatales a empresas que supuestamente deben competir en igualdad de condiciones dentro de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo español descartó las teorías que se habían barajado sobre la naturaleza jurídica de la compensación; por un lado, señaló que, la ley no había expropiado ningún derecho, pues no existía un derecho consolidado. Por otro lado, descartó la posibilidad de acudir al principio de confianza legítima como fundamento del derecho a percibir una compensación, pues se trataba de un proceso de transición previsible¹¹: también fue claro al señalar, que no estaba totalmente demostrado que el cambio de regulación efectivamente haya causado los perjuicios, y que no sea posible afirmar que, más que perjuicios, puede haberse obtenido beneficios.

Conforme al Tribunal,

“el Estado no tenía obligación en términos estrictamente jurídicos, de reconocer a las empresas eléctricas de generación el derecho a la compensación CTC por el mero hecho de acometer la transición del sector eléctrico al mercado competitivo en el marco de aplicación de la Directiva 96/1992/CE (...)”.

El Tribunal Supremo sostuvo que el Estado no tenía que reconocer a las empresas del sector eléctrico una compensación, pero aunque no estaba obligado a ello, aunque no existía un sustento jurídico que lo obligase, podía hacerlo simplemente como opción legislativa; de esta forma dio a entender (aunque no lo afirmó expresamente) que se trataba de una simple ayuda estatal, previéndose ya una posible violación del derecho comunitario.

Tras un largo y complejo debate, la Comisión de la Unión Europea, el 23 de julio de 2001 (*DOCE* 22-IX-2001), concluyó que,

11 Aunque el Tribunal Supremo descartó el uso del principio de confianza legítima; parece dejar abierta la posibilidad de seguir acudiendo a él, en casos en que no sean previsibles los cambios normativos. Sin embargo, parece que el Tribunal se olvida de la falta de sustento constitucional del mencionado principio y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

“... no puede excluir que el régimen de los CTC incluya elementos de ayuda de Estado en el sentido del apartado primero del artículo 87 del Tratado CE”¹²;

pero añadió, que en el caso que fueran ayudas de Estado no serían incompatibles con el tratado CE. Con esta declaración dejaba de existir la posibilidad de una sanción comunitaria, y por fin se aceptaba que la liberalización de la energía no podía compararse con otros procesos liberalizados pues los principios filosóficos de la libre competencia en igualdad de condiciones, no se adaptan completamente a este mercado; sin embargo, no concretó la naturaleza jurídica de la retribución.

Se puede intentar explicar las razones que tuvo la Comisión para dictar una decisión de tamaño ambigüedad: la razón puede sintetizarse en que los costes de transición a la competencia no son transitorios, ni son el mecanismo para llegar a un mercado libre de la energía. Al respecto, el profesor JORGE FABRA señala de forma categórica, que los CTC no son una indemnización recibida para compensar los perjuicios derivados del cambio de regulación, es decir, que no se trata de un mecanismo transitorio para equilibrar a los agentes, sino que se trata de una retribución complementaria, ante la incapacidad del mercado para retribuir a todos los sujetos, como por ejemplo sucede con las generadoras térmicas.

Es así que los CTC no pueden ser explicados como una indemnización derivada del cambio regulatorio, pues con el cambio no se produjeron perjuicios que hicieran ineficientes a algunas empresas, en cuanto las instalaciones existentes eran y siguen siendo eficientes; no se trató de una ayuda dirigida a equilibrar transitoriamente a algunas empresas necesitadas tras el cambio de modelo de regulación, pues como lo menciona FABRA, los CTC son una retribución complementaria, que conceptualmente no aumenta los ingresos (preexistentes al cambio de modelo) de las empresas eléctricas; puesto que son y han sido una necesidad del sistema¹³.

12 La decisión de la Comisión se sustenta además en la Comunicación de la Comisión de esa misma fecha, relativa a la metodología de análisis de las ayudas estatales vinculadas a costes de transición a la competencia en el ámbito de la electricidad.

13 FABRA UTRAY, JORGE, ob. cit., pág. 109.

Es necesario aceptar que el concepto mismo de libre competencia admite restricciones en pro del interés general; siguiendo a PAREJO, los objetivos de interés general

“legitiman restricciones a la libre competencia en grado diverso (mediante la financiación pública o el otorgamiento de derechos especiales, significativamente) e, incluso, la exclusión completa de la misma (otorgamiento de derechos exclusivos, supuesto que equivale al servicio público formal, orgánico, subjetivo o estricto interno)”¹⁴.

Cada vez es más latente el esfuerzo que se hace a nivel comunitario, para mantener un equilibrio entre el mercado y las obligaciones de servicio público, muestra de ello es la comunicación denominada *Libro blanco sobre los servicios de interés general*¹⁵, la cual contribuye, pero no cierra el debate que ha existido sobre la combinación armoniosa de mecanismos de mercado con misiones de servicio público; debate que, a propósito, ya había sido abierto por el *Libro verde sobre los servicios de interés general*; y en concreto se ha dicho, que los estados miembros tienen la posibilidad discrecional de determinar el mecanismo de financiación de los servicios de interés económico general, dentro de los cuales se menciona la concesión de derechos especiales o exclusivos, o la financiación solidaria, entre otros mecanismos que servirían para explicar la naturaleza de los CTC. En ausencia de armonización a nivel comunitario, el principal límite al poder discrecional vendría marcado por la condición de que el mecanismo de financiación no falsee la competencia en el mercado común, dejando de esta forma las puertas abiertas para unos CTC de carácter permanente.

14 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2º semestre 2004, pág. 57 (págs. 51 – 68).

15 Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2004) 374 final, Bruselas, 12 de mayo de 2004.

4. CASO COLOMBIANO

Aunque el modelo de generación eléctrica en Colombia funciona en mayor medida con producción hidroeléctrica, es importante tener muy en cuenta que al igual que en el modelo español, o de cualquier otro modelo, se requiere de cierta diversificación en la producción, no obstante la divergencia de costos.

En Colombia con la Ley 142 y 143 de 1994 se pasó de un régimen monopólico del mercado de la energía a un mercado liberalizado, donde sin desaparecer el servicio público se pasó de un Estado prestador del servicio a uno garante de él, dejando atrás la idea de Estado como único empresario. De esta forma se permite la participación privada bajo principios de libre empresa y libre competencia, pero sin dejar de considerarse un servicio público.

Este cambio de filosofía económica vino precedido de la expedición de la Constitución de 1991, que abrió las puertas para pasar de un Estado empresario único a un Estado regulador y empresario en competencia.

Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en España donde se previó los CTC como un sistema de retribuciones transitorias para igualar a las empresas que por razones de naturaleza técnica no pueden ni podrán competir de igual a igual con otro tipo de empresas, en Colombia no se hizo nada al respecto, pues aunque se previeron diversas formas de recuperar costos variables en el mercado, no sucedió lo mismo con los costos fijos, los cuales en un modelo de mercado “normal” harían parte del riesgo propio del negocio que debería asumir el inversionista. Como consecuencia de ello, se dejó en una deficiente situación financiera a aquellas termoeléctricas que desarrollaban su actividad y cumplían obligaciones conforme a contratos celebrados antes de la expedición de este nuevo marco legal.

Caso de ejemplo, es lo sucedido con EBSA, que tras la denominada liberalización y la creación de un mercado libre de energía, quedó en una situación financiera deplorable, no precisamente por no haber previsto el cambio de modelo regulatorio —como lo afirmaron los

árbitros—¹⁶ o por ser ineficiente, sino porque no era previsible que se creara un mercado de la energía como si fuera un producto cualquiera, aun a costa de la estabilidad y confiabilidad en el sistema y a costa de las mismas empresas estatales.

Lo sucedido con EBSA es que tal y como sucedió en España, el Gobierno colombiano se vio en la obligación de tomar medidas que dieran estabilidad al sistema a partir de una adecuada diversificación, no sólo para afrontar una crisis transitoria como la producida a causa del fenómeno del Niño a principios de los años noventa, sino en general para darle plena estabilidad al sistema eléctrico colombiano, razón por la cual se dictó el decreto 700 de 1992, con el cual se facilitaba el procedimiento para la suscripción de contratos como el celebrado por EBSA en marzo de 1994, con el cual el sistema eléctrico colombiano se aseguraba un aumento en la capacidad disponible; precisamente bajo este negocio se quiso fomentar la generación térmica con el fin de dar firmeza a un sistema que depende en gran medida del recurso hídrico.

En términos generales, la construcción y el funcionamiento de la planta térmica se hizo bajo un contrato diseñado como un PPA (*Power Purchase Agreement*) de tal forma que el inversionista extranjero que construye y opera la planta tiene derecho a un precio preestablecido e indexado por la energía, aunque dicha planta permanezca apagada y no ingrese efectivamente esa energía en el sistema.

Al pasar del modelo monopólico al liberalizado sin establecer un mecanismo que como los CTC permitiera la competencia en igualdad de condiciones con las empresas de energía hidroeléctrica, EBSA quedó imposibilitada para transar su energía a un precio que solventará sus costos fijos. En el nuevo modelo de mercado libre de energía, las empresas que reciben los mayores beneficios por los precios promedios del mercado mayorista son las hidroeléctricas. Se trata como dice ISAAC DYNER, de un “privilegio indirecto del esquema de bolsa por tecnologías hidráulicas”¹⁷.

16 Laudo arbitral de 21 de octubre de 2004. Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P.

17 DYNER, ISAAC, “Política y regulación del sector eléctrico 1998 – 2002. Muchas resoluciones y poco avance”, en: *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, octubre 2002, n° 7.

Es posible que para el momento en que se celebró el contrato y se discutieron los fundamentos de él fuera previsible el cambio de modelo, tal y como lo afirmaron los árbitros que solventaron las controversias entre EBSA y CES, lo que no era previsible es que dicho cambio no tuviese en cuenta la realidad del sector eléctrico en cuanto a la diversificación en la generación e imposibilidad natural de competencia entre algunas empresas, ya que este es un tema que de una u otra forma siempre ha sido solventado en todos los países donde se ha iniciado un proceso liberalizador. Era imprevisible que no se tuviese en cuenta la realidad técnica del sector, y que sobre fundamentos que no corresponden a este mercado, se tomen decisiones jurídicas que crean espejismos en torno a un supuesto mercado de la energía en igualdad de condiciones.

Resulta interesante la posición del Tribunal Arbitral al respecto, porque trata a EBSA y a la energía que se transa en el mercado como si fuera una mercancía corriente, formulando reservas sobre la convocante (EBSA) por considerar que quebrantaba la confianza legítima creada en una época de transición entre el mercado monopolístico estatal y el de libre competencia establecido. Los árbitros dicen que con anterioridad a la celebración del contrato se preveía como una muy seria posibilidad que en el futuro inmediato se implantaría un sistema que obligaría a las empresas de servicios públicos a comprar los bienes que comercializan mediante procedimientos que estimulen la libre competencia entre oferentes, partiendo así de un presupuesto erróneo fundamental, y es el creer que dichos procedimientos no deben estar sujetos a ninguna intervención estatal, pues como ya lo he mencionado varias veces, las características propias de la electricidad van en una dirección contraria al mercado, por lo cual se hace imprescindible establecer mecanismos que igualen a los futuros competidores, y no simplemente dejarlos a la deriva, para que bajo una supuesta “eficiencia” compitan en el mercado.

Tal vez se crea que con una decisión arbitral como esta, en donde el contrato y los derechos y obligaciones derivados de él, continúan no obstante los hechos imprevisibles ocurridos, se este dando seguridad a los inversionistas extranjeros, sin embargo, creemos que la señal puede

ser contraria, pues sería irracional querer invertir en infraestructuras de este tipo en un sistema de mercado de no reconoce los costos fijos, no obstante las necesidades de seguridad, estabilidad y confiabilidad del sistema.

5. CONCLUSIONES

Son diversas las teorías que se han difundido en los últimos años con el fin de darle sustento a los CTC, en busca de una justificación sobre su naturaleza jurídica; de esta forma, se le ha dado diversos tipos de matices a la controversia logrando cierta dificultad a la hora de precisar el tema.

Aunque es evidente que los CTC son técnicamente una ayuda, no se ha querido usar esta terminología, tal vez para evitar sanciones, y porque las excepciones generales permanentes con las características de los CTC parecen a primera vista no encuadrar en el marco establecido por las normas del tratado; y digo sólo a primera vista, ya que como vimos atrás, las necesidades técnicas y financieras del sistema energético hacen imperiosa su existencia permanente, y en consecuencia su viabilidad comunitaria.

La falta de determinación concreta de la naturaleza jurídica de los CTC, no es, en definitiva, un asunto que se reduzca al campo académico o doctrinal, porque si resulta que los CTC no son un resultado transitorio de la liberalización sino que es una necesidad permanente del sistema, habrá que saber de que forma se les seguirá dando fundamento al pasar el período de transición, y tal vez, llegado el momento, su justificación se encuentre en el artículo 86.2 del Tratado CE, si es que no se opta por esconder este error con una nueva figura que cumpla con la misma finalidad pero con un nombre que evite malas interpretaciones.

La desregulación de la industria de la energía junto con la creación de un mercado libre a diferencia de lo que comúnmente se cree, requiere de intervención estatal, pues sólo así se pone en igualdad de condiciones a los competidores. La previsibilidad al crear un supuesto mercado libre de la energía no radica en suponer que todas las empresas serán

tratadas como iguales, pues la realidad del sector nos muestra competidores desiguales, no por su eficiencia ni ineficiencia sino por las características propias de la energía eléctrica y su generación.

Toda la región Andina está inmersa en la creación de un mercado de la energía regional, a través del cual se pueda transar la electricidad entre diversos países; sin embargo, debemos tener en cuenta que dichos proyectos no se fundamentan única y exclusivamente en energía hidroeléctrica sino también en otros tipos de generación; razón por la cual resulta fundamental, superar el obstáculo de los grandes costes fijos de ciertas tecnologías necesarias para el sistema, aceptando los límites que tiene la liberalización y los costos que de una u otra forma deben ser asumidos por todos los sujetos del mercado, aunque ello implique un servicio más costoso.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, MANUEL, “Energía y derecho. El sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley”, en: *Regulación sectorial y competencia*, prólogo de VICENTE LÓPEZ-IBOR MAYOR, Civitas, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, MANUEL, “Energía y derecho (II). Situación actual del régimen jurídico de los costes de transición a la competencia (CTC)”, en: *La nueva regulación eléctrica. VII jornadas jurídicas del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR; VELASCO, FRANCISCO, “Los costes de transición a la competencia: perspectiva jurídica”, en: JOSÉ MARÍA NEBOT LOZANO, JESÚS TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, prólogo de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1998, 267 págs.
- DYNER, ISAAC, “Política y regulación del sector eléctrico 1998 – 2002. Muchas resoluciones y poco avance”, en: *Boletín del Observatorio Colombiano de Energía*, octubre 2002, nº 7.
- FABRA UTRAY, JORGE, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la competencia*, prólogos de LUCIANO PAREJO ALFONSO y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Marcial Pons, Madrid, 2004, 438 págs.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, MARÍA YOLANDA, “El servicio público en el derecho de la Unión Europea”, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2º semestre, 2004

- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en: *Revista de Administración Pública*, nº 159, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre 2002.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, RAFAEL, *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico*, prólogo de TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- NEBRED A PÉREZ, JOAQUÍN MARÍA, *Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas*, prólogo de SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, 2ª ed. Civitas, Madrid, 2003.
- NOMBELA, GUSTAVO, “Reforma y regulación de las industrias de red: electricidad, gas y agua”, en: *Economistas*, nº 84, extraordinario, Colegio de Economistas de Madrid, Madrid, marzo 2000.
- LÓPEZ MILLA, JULIÁN, “La determinación de los costes de transición a la competencia en el sector eléctrico español”, *Boletín ICE Económico. Información comercial española*, nº 2650. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 10 a 23 de abril /2000.
- MORENO ROJAS, JOSÉ, “La liberalización del sector eléctrico: los costes de transición a la competencia y su problemática contable”, en: *Boletín AECA, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, nº 49. Ortega Ediciones Gráficas, Madrid, abril- julio 1999.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros”, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 7, 2º semestre 2004, págs. 51– 68.
- QUADRA-SALCEDO, TOMÁS, “Las palabras y las cosas (prólogo)”, en: abril- julio 1999, *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la competencia*, prólogos de LUCIANO PAREJO ALFONSO y TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ ROMERO, LUIS, “Regulación, estructura y competencia en el sector eléctrico español”, en: *Economistas*, nº 82, diciembre 1999, Colegio de economistas de Madrid, Madrid.
- SIGNES DE MESA, JUAN IGNACIO, “El régimen comunitario de ayudas públicas en los procesos de privatización”, en: *IE Working paper derecho, WPED 04-10*, 15-10-2004, pág. 14.
- Propuesta final de metodología para establecer tarifas de acceso a redes eléctricas (aprobado por el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, de 22 de noviembre de 2001). Ref.: 128/2001.
- Documento COM (2004) 374 final, Bruselas, 12 de mayo de 2004.

Laudo arbitral de 21 de octubre de 2004, Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP
vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. ESP.