

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

COMITÉ DE SEGUIMIENTO DEL MERCADO MAYORISTA DE ENERGÍA ELÉCTRICA

Informe No 28 – 2008

**ANALISIS BASICO DE LA SENTENCIA 16257
DEL CONSEJO DE ESTADO**

ANALISIS DEL DESMPEÑO DEL MEM

Preparado por:

**Argemiro Aguilar D.
Pablo Roda
Gabriel Sánchez Sierra**

Bogotá, Junio 27 de 2008

CONTENIDO

1 INTRODUCCIÓN.....	5
2 ANÁLISIS BÁSICO DE LA SENTENCIA 16257 DEL CONSEJO DE ESTADO.....	6
2.1 PRESENTACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA SENTENCIA.....	6
2.2 RESUMEN DE LAS PRINCIPALES CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO.....	7
2.3 FALLO DEL CONSEJO DE ESTADO.....	8
2.4 RESOLUCIONES CREG 090 Y 095 DE 2007.....	8
2.4.1 Resolución CREG 090 de 2007.....	9
2.4.2 Resolución CREG 095 de 2007.....	10
2.5 COMENTARIOS DE LOS PRINCIPALES AGENTES DEL MEM.....	11
2.5.1 Comentarios de Electrocosta y Electricaribe.....	11
2.5.2 Comentarios de ISA.....	13
2.5.3 Comentarios de EPM.....	18
2.5.4 Comentarios de CODENSA - EMGESA.....	20
2.5.5 Comentarios de otros Agentes.....	25
2.6 REFLEXIONES DEL CSMEM.....	26
2.7 BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN.....	27
3 ANÁLISIS DE DESEMPEÑO DEL MEM.....	29
3.1 COMPORTAMIENTO DEL SISTEMA.....	29
3.2 EVOLUCIÓN DE LOS PRECIOS DE BOLSA.....	29
3.2.1 Evolución del Precio de Bolsa Diario vs Nivel de Embalse Agregado.....	29
3.2.2 Precios Diarios de Bolsa Actuales, Históricos y Críticos.....	30
3.2.3 Distribución del Precio de Bolsa.....	31
3.3 COMPORTAMIENTO DE OFERTAS.....	32
3.3.1 Agentes Marcadores del Precio.....	32
3.3.2 Plantas Marcadoras del Precio.....	33
3.3.3 Relación Precios de Oferta / Precio de Bolsa y Disponibilidad.....	34
3.3.4 Evolución de los Precios de Oferta Hidráulica y Térmica.....	36
3.3.5 Curvas de Oferta en Bolsa Promedio.....	37
3.3.6 Índice de Lerner.....	38
3.3.7 Franja Marginal de la Función de Demanda Residual.....	39
3.4 COMPORTAMIENTO DE RECONCILIACIONES.....	40
3.4.1 Costo de las Reconciliaciones Positivas y Negativas.....	40
3.4.2 Participación de las Plantas en Reconciliaciones.....	41
3.4.3 Precio Promedio Mensual de las Generaciones Fuera de Merito.....	43
3.5 COMPORTAMIENTO DE RESTRICCIONES.....	44
3.5.1 Costo Total Mensual de Restricciones.....	44
3.5.2 Costo Total Diario de las Restricciones.....	44
3.6 SERVICIO DE REGULACIÓN SECUNDARIA DE FRECUENCIA.....	45
3.6.1 Precio del AGC vs Precio de Bolsa.....	45
3.6.2 Servicio de AGC por Planta.....	46
3.6.3 Distribución del Servicio de AGC.....	47

Resumen Ejecutivo

La primera parte de este documento presenta los principales elementos de la Sentencia 16257 del Consejo de Estado y las Resoluciones CREG 090 y 095 de 2007 generadas como consecuencia del fallo del Consejo de Estado.

La Sentencia fundamentalmente da respuesta a la demanda que la Empresa de Energía de Bogotá – EEB presentó solicitando la nulidad del ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, el cual define que las empresas constituidas como E.S.P que deseen participar en los Procesos de Selección de expansión del sistema de transmisión, deberán tener como objeto exclusivo la actividad de Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico. Así mismo, un proponente que sin ser E.S.P se gane la convocatoria, deberá constituirse como tal, con objeto exclusivo en Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico.

El fallo declaró nulo el citado ordinal, en tanto se interprete que la restricción prevista para participar en los procesos de selección del plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional allí regulados, se extiende a las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 143.

El presente documento incluye los comentarios recibidos de los principales agentes del MEM consultados, los cuales en su mayoría defienden los argumentos de la Sentencia del Consejo de Estado y opinan sobre las modificaciones que se le deberían efectuar a la Resolución CREG 090 de 2007.

En concepto del CSMEM, tanto la Sentencia 16257 del Consejo de Estado, como la Resolución CREG 095 de 2007, permiten que se continúe profundizando la integración vertical de las empresas en contra del espíritu del legislador quien promovía la libre competencia y la transparencia del mercado. Todo esto se hubiera podido evitar, si desde un comienzo la Ley 143 en forma decidida hubiera prohibido la existencia de empresas eléctricas con múltiples actividades.

La segunda parte del documento presenta el análisis del desempeño del MEM durante los meses de abril y mayo de 2008, con base en indicadores calculados para tal fin.

Durante abril y los primeros 20 días de mayo persistieron los precios elevados en el mercado spot; a finales de mayo el precio se desplomó. Esta caída de precios presumiblemente está asociada a un aumento en el régimen de lluvias puesto que,

coincide con una recuperación considerable en el nivel del embalse agregado del sistema.

El precio de bolsa muy por encima de los referentes históricos, no está asociado a restricciones hidrológicas y su explicación se debe buscar en la percepción de escasez y precios elevados en el mercado del gas, la reducción de la brecha entre oferta y demanda de capacidad de generación o, eventualmente en una situación de poder de mercado.

En mayo el liderazgo en determinación de precios recayó en EPM e Isagen, Emgesa pasó a un tercer lugar tras el papel protagónico que venía desempeñando en la mayor parte de los últimos doce meses.

La curva promedio de oferta del mercado cambió considerablemente; para los niveles altos de generación, el tramo completamente elástico se extendió, mitigando peligros de disparadas de precios por encima del precio de escasez. No obstante, para demandas bajas y medias presentó un incremento marcado de precios.

Asociado a los cambios en la función de oferta, algunos agentes aumentaron significativamente su poder de mercado. Se presentó un aumento en el índice de Lerner para los periodos de demanda mínima y alta, ocurriendo en demanda alta indicadores de 24%.

A partir del mes de enero de 2008 el costo total de las reconciliaciones tanto positivas como negativas ha venido incrementándose sostenidamente, hasta alcanzar en mayo valores superiores a los existentes a finales del año 2006, antes que entrara en operación la línea UPME de 500 kV en la Costa Atlántica.

Durante mayo de 2008 se volvieron a presentar precios máximos horarios del Servicio de Regulación Secundaria de Frecuencia - SRSF con valores de 1.800 \$/kWh. En general, las plantas que prestaron el servicio fueron remuneradas en concordancia con la magnitud de la holgura programada, excepto aquellas con los precios máximos mencionados que recibieron una remuneración desproporcionada a su contribución en el servicio.

1 Introducción

El presente informe contiene tres partes: a) Análisis básico de la Sentencia del Consejo de Estado No 16257 y, b) Análisis de desempeño del MEM.

a) Análisis básico de la Sentencia del Consejo de Estado 16257

El análisis básico de la Sentencia 16257 del Consejo de Estado contiene: presentación de los elementos de la Sentencia, Resoluciones CREG 090 y 095 de 2007, comentarios de los principales agentes del MEM y reflexiones del Comité de Seguimiento del MEM – CSMEM.

Es de importancia mencionar que el análisis realizado por el CSMEM está restringido a consideraciones de tipo técnico-regulatorio y en consecuencia podría adolecer de vacíos de tipo jurídico, debido a la conformación misma del CSMEM.

b) Análisis de Desempeño del MEM

El CSMEM cuenta con alrededor de 60 indicadores diferentes de seguimiento del Mercado de Energía Mayorista relativos al comportamiento del sistema, la evolución de los precios en la bolsa de energía, el comportamiento de las ofertas, el comportamiento de las reconciliaciones y las restricciones, el mercado de contratos bilaterales y el servicio de regulación secundaria de frecuencia. Ahora bien, en este informe solamente se analizan en detalle aquellos indicadores que tuvieron durante el mes un comportamiento que merezca destacarse.

2 Análisis Básico de la Sentencia 16257 del Consejo de Estado

2.1 Presentación de los elementos de la Sentencia

La Sentencia 16257 del Consejo de Estado ocurrió como consecuencia de la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la Empresa de Energía de Bogotá S.A E.S.P contra la CREG, interponiendo acción pública de nulidad contra el ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, el cual se transcribe a continuación:

“Artículo 10. En ejercicio de las facultades legales de la CREG y como mecanismo para prevenir el abuso de posición dominante de las empresas, y para evitar la concentración de la propiedad accionaria de las mismas, establece las siguientes reglas para la participación en la actividad de transmisión nacional que se determina en la presente Resolución:

- a. Las empresas constituidas como E.S.P. que deseen participar en los Procesos de Selección aquí regulados, deberán tener como objeto exclusivo la actividad de Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico. Así mismo, un proponente que sin ser E.S.P se gane la convocatoria, deberá constituirse como tal, con objeto exclusivo en Transmisión Nacional en lo relacionado con el sector eléctrico.”

Añadió la Empresa de Energía de Bogotá que, mediante la resolución impugnada, la CREG limitó la participación en los procesos de selección solo a quienes se dediquen a la actividad de transmisión, lo cual a su juicio “desborda el ámbito jurídico de sus atribuciones y facultades (...)”.

Estimó que cuando el acto acusado interviene en los estatutos de una empresa “ordenando limitar su objeto para que pueda participar en procesos de selección, interfiere en su organización y en su finalidad, violando así el artículo 333 de la C.P.”, lo cual además implica desconocer derechos adquiridos de una empresa que se rige por el derecho privado.

Esgrimió que el artículo 74 de la ley 143 determina que las empresas que se constituyan con posterioridad a dicha ley sólo podrán desarrollar una actividad

relacionada con el servicio público de electricidad, precepto que a su juicio no cobija a la entidad demandante.

Para concluir observó que “la limitación de que trata este artículo, se refiere única y exclusivamente a las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de dicha ley. De tal suerte que si la CREG mediante una resolución coharta (sic) la libertad de participar a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. Empresa de Servicios Públicos (E.S.P.) en un proceso de selección, vulnera flagrantemente la Constitución y la ley”.

2.2 Resumen de las Principales Consideraciones del Consejo de Estado

- La Constitución de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo de competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía.
- La regulación no puede ser instrumento para “completar la ley”, ni para suplir los vacíos que ésta pueda presentar en caso de que legislador no se haya ocupado de un asunto, ni mucho menos para expedir actos que contravengan abiertamente sus mandatos.
- El artículo 74 de la ley 143 sólo impide a las empresas transmisoras que se constituyan con posterioridad a la vigencia de dicha ley participar en una actividad distinta de la propia (objeto exclusivo) y no a todos los transmisores.
- La prohibición especial aplica tan solo para ISA; es esta empresa la que no puede participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad como lo establece el parágrafo 3º del artículo 32 de la ley 143. En idéntico sentido, la doctrina también ha puesto de relieve que la prohibición de integración vertical contenida en el parágrafo 3º del artículo 32 de la ley 143 alude exclusivamente a ISA y que no puede aplicarse por extensión a otros prestadores de servicios públicos domiciliarios.

- La norma impugnada prevé –tal y como la entiende la CREG- una restricción para participar en los procesos de selección allí regulados no solo no prevista en la ley, sino más aún contraria a sus mandatos en tanto impone que el proponente –sin distingo alguno- tenga como objeto exclusivo la actividad de transmisión nacional en lo relacionado con el sector eléctrico.
- El criterio expuesto por la CREG- contraviene de manera abierta el mandato legal contenido en el artículo 74 de la ley 143, al desconocer que dicho precepto sólo aplica a las empresas que con posterioridad a la vigencia de la ley 143 se constituyan como transportadoras, al tiempo que restringe en abierta contravía con la ley la participación en la actividad de transmisión nacional que regula la resolución de la que hace parte a aquellas empresas que tengan objeto exclusivo.
- La disposición regulatoria acusada permite dos interpretaciones: i) la expuesta por la CREG, que supone la contradicción con el marco legal expuesto y ii) una segunda conforme a la cual este precepto sólo puede aplicarse bajo el entendido que la exigencia contenida en el literal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998 no se predica de los transmisores constituidos con anterioridad a la expedición de la ley 143, en tanto frente a ellos se aplica lo dispuesto por el artículo 74 de la ley 143 de 1994.

2.3 Fallo del Consejo de Estado

“Declarase nulo el ordinal a) del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998, por la cual se aprueban los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional y se establece la metodología para determinar el Ingreso regulado por concepto del Uso de este Sistema, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, pero únicamente en tanto se interprete que la restricción prevista para participar en los procesos de selección allí regulados se extiende a las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 143”.

2.4 Resoluciones CREG 090 y 095 de 2007

Como seguimiento al fallo del Consejo de Estado, la CREG desarrolló la resolución 090 de 2007, la cual ordenaba hacer público un proyecto de resolución, que pretendía adoptar la CREG “Por la cual se dictaban disposiciones sobre concentración de la

propiedad accionaria.” Posteriormente, teniendo en cuenta los comentarios de los agentes del MEM, la CREG expidió la Resolución 095 de 2007.

2.4.1 Resolución CREG 090 de 2007

Artículo 1º.- Con el fin de mantener la separación de actividades establecida en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional no podrán absorber empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera de las actividades de Transmisión, generación y distribución de energía eléctrica.

Artículo 2º.- Sin perjuicio de la prohibición contenida en el artículo primero de la presente resolución, los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa que desarrolle la actividad de Transmisión Nacional siempre que los ingresos de la empresa transmisora por la actividad de transmisión no representen más del 1% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional.

Si la empresa que ejerce la actividad de transmisión supera el límite establecido en este artículo, el generador, distribuidor, comercializador ó empresa integrada que tiene acciones, cuotas o partes de interés en el capital de aquella, deberá enajenar, dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de este hecho, las acciones, cuotas o partes de interés que superen el quince por ciento (15%) del capital social de la empresa que desarrolla la actividad de transmisión nacional.

Artículo 3º. Se adiciona el siguiente párrafo al Artículo 6 de la Resolución CREG 128 de 1996:

“Parágrafo: Una empresa Distribuidora podrá tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del veinticinco por ciento (25%) del capital social de una empresa integrada que desarrolle conjuntamente las actividades de distribución, comercialización y generación de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional siempre y cuando no supere el 1% de participación en la actividad de generación de electricidad, calculada conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Resolución 060 de 2007.

Si la empresa integrada supera el límite establecido en este párrafo, el distribuidor que tiene acciones, cuotas o partes de interés en el capital de aquella, deberá enajenar, dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de este hecho, las acciones, cuotas o partes de interés que superen el veinticinco por ciento (25%) del capital social de la empresa integrada.”

2.4.2 Resolución CREG 095 de 2007

Artículo 1º.- Con el fin de mantener la separación de actividades establecida en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional no podrán absorber empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera las actividades de Transmisión, generación y distribución de energía eléctrica.

Artículo 2º.- Sin perjuicio de la prohibición contenida en el artículo primero de la presente resolución, los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas actividades, podrán tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa que desarrolle la actividad Transmisión Nacional siempre que los ingresos de la empresa transmisora por la actividad de transmisión no representen más del 2% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional.

Si la empresa que ejerce la actividad de transmisión, con corte a 31 de diciembre de cada año, supera el límite establecido en este artículo, el generador, distribuidor y comercializadores que tiene acciones, cuotas o partes de interés en el capital de aquella, deberá enajenar, dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de este hecho, las acciones, cuotas o partes de interés que superen el quince por ciento (15%) del capital social de la empresa de transmisión, salvo que dentro del mismo plazo, la empresa que ejerce la actividad de transmisión venda los activos con los cuales supera el límite del 2% del total de los ingresos.

Artículo 3º. Se adiciona el siguiente párrafo al Artículo 6 de la Resolución CREG 128 de 1996:

“Parágrafo: Una empresa Distribuidora podrá tener acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del veinticinco por ciento (25%) del capital social de

una empresa integrada que desarrolle conjuntamente las actividades de distribución, comercialización y generación de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional siempre y cuando no supere el 2% de participación en la actividad de generación de electricidad, calculada conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Resolución 060 de 2007.

Si la empresa integrada, con corte a 31 de diciembre de cada año, supera el límite establecido en este párrafo, el distribuidor que tiene acciones, cuotas o partes de interés en el capital de aquella, deberá enajenar, dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de este hecho, las acciones, cuotas o partes de interés que superen el veinticinco por ciento (25%) del capital social de la empresa integrada, salvo que dentro mismo plazo la empresa integrada venda los activos de generación con los cuales supera el límite del 2% de participación en la actividad de generación.”

2.5 Comentarios de los principales agentes del MEM

Los comentarios que se describen a continuación, son relativos a la Sentencia 16257 del Consejo de Estado y a las Resoluciones CREG 090 y 095 de 2007. Estos comentarios fueron solicitados por el CSMEM a los principales agentes del MEM relacionados con el tema los cuales se presentan a continuación. Es importante mencionar que dichos comentarios han sido resumidos y editados por el CSMEM.

2.5.1 Comentarios de Electrocosta y Electricaribe

El artículo 1º del proyecto de resolución CREG 090 plantea la prohibición para que empresas que tengan por objeto la prestación del servicio de energía eléctrica, y que hayan sido constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, puedan absorber empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a dicha ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera de las actividades de transmisión, generación y distribución de energía eléctrica.

Consideramos que esta propuesta es inconveniente, en la medida en que establece una discriminación específica para determinadas empresas, que no afectaría a otras empresas en condiciones de integrarse, por ejemplo, en el caso de la integración entre empresas constituidas con posterioridad a la vigencia de la ley 143, o de la integración entre empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de esta ley.

No es clara por lo demás la sustentación jurídica de esta propuesta, dado que se expresa que la misma tiene el fin de “mantener la separación de actividades establecida en el artículo 74 de la ley 143 de 1994”. En efecto, no resulta evidente que mediante una prohibición adicional no contemplada en dicho artículo, como es la posibilidad de que una empresa constituida previamente a la vigencia de la ley 143 pueda absorber a otra empresa constituida con posterioridad a esta norma, se pretenda mantener la separación de actividades, cuyas condiciones han sido establecidas en la ley. Cabe citar al respecto el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado sobre esta materia, en el fallo AN16257 del 2 de mayo de 2007 en el que se expresa en cuanto al alcance del artículo 74 de la ley 143 lo siguiente:

“De la simple lectura del texto legal transcrito se deducen los presupuestos que la norma estableció para su aplicación: i) que se trate de empresas prestadoras del servicio público de electricidad que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 (sujetos de la norma); ii) que no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución (condiciones de aplicabilidad).”

“En cuanto hace al primer presupuesto reseñado, la norma en comento establece tres condiciones: i) que se trate de empresas que tengan por objeto prestar el servicio público de electricidad; ii) que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 y iii) que hagan parte del sistema interconectado nacional, esto es, la norma no aplica a las empresas que prestan el servicio en zonas no interconectadas-ZNI.”

“El precepto es claro en imponer este límite a la libertad económica sólo para los nuevos operadores del servicio de electricidad que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional-SIN que se constituyan a partir de la promulgación de la ley (art. 93), la cual tuvo lugar el 12 de julio de 1994 (Diario Oficial 41.434), dejando por fuera de su aplicación a los prestadores que -contrario sensu- se hayan constituido con anterioridad a la vigencia de la misma.”¹

En resumen, de la sentencia del Consejo de Estado se desprende que la limitación económica establecida en términos de la separación de actividades, definida en el artículo 74 de la ley 143, sólo puede aplicarse a las empresas constituidas con posterioridad a dicha ley.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Radicación número: 1100-10-326-000-1998-05354-01. Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Referencia: AN - 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En consecuencia, consideramos que el artículo 1º de la propuesta de resolución en cuestión no tendría suficiente sustento legal.

Con respecto a las disposiciones contenidas en los artículos 2º y 3º del proyecto de resolución, entendemos que estarían concebidas para permitir algún grado de integración vertical a través de la participación accionaria de empresas del sector, bien sean de objeto exclusivo o integradas verticalmente, en otras empresas que realicen actividades de transmisión o de generación. Este grado de integración estaría limitado hasta un 1% de participación de los ingresos de la empresa de transmisión en el total de ingresos del STN, y hasta un 1% en la actividad de generación, calculada según la definición del artículo 3º de la resolución CREG 060 de 2007.

En este sentido las propuestas contenidas en los artículos 2º y 3º permitirían mantener los límites a la integración y la participación de mercado establecidos en las resoluciones CREG 128 de 1996, 022 de 2001, y 001 de 2006, las cuales constituyen reglas necesarias para garantizar el control de poder de mercado, en particular en mercados de un tamaño relativamente reducido. Al mismo tiempo, estas disposiciones permitirían un mayor grado de flexibilidad en los procesos de inversión en marcha a partir de las empresas existentes en el país. No obstante lo anterior, sería deseable el desarrollo de otro tipo de instrumentos regulatorios, además de los límites porcentuales a la participación de mercado, y a la vinculación accionaria, que permitan evaluar en forma dinámica y controlar oportunamente el ejercicio de poder de mercado.

2.5.2 Comentarios de ISA

a. Resoluciones CREG 090 y 095 de 2007

Al analizar la Resolución CREG 095 de 2007, se encuentran las siguientes prohibiciones, en relación con la transmisión de energía eléctrica:

Se prohíbe que las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, absorban empresas de servicios públicos creadas con posterioridad a la vigencia de dicha Ley, que tengan por objeto desarrollar cualquiera las actividades de Transmisión, generación y distribución de energía eléctrica.

Se prohíbe a los generadores, distribuidores y comercializadores, o las empresas integradas verticalmente que desarrollen de manera conjunta más de una de estas

actividades, que tengan acciones, cuotas o partes de interés social que representen más del quince por ciento (15%) del capital social de una empresa que desarrolle la actividad Transmisión Nacional si los ingresos de la empresa transmisora por la actividad de transmisión representan más del 2% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional.

b. Leyes 142 y 143

En relación con el tema de participación en las diferentes actividades, a que se refieren las resoluciones antes citadas, encontramos que la Ley 142 de 1994 establece: “14.13.- 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”.

La Ley 143, que es la que establece las prohibiciones, señala, en su Artículo 74: “Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución”

Adicionalmente, en el Parágrafo 3º de su Artículo 32, señala: “La empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad”.

De acuerdo con lo anterior, la Leyes citadas sólo establecen:

- Un porcentaje de participación del 25% para determinar la existencia de posición dominante.
- Una limitación, para las empresas creadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143, en relación con la concurrencia de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, donde sólo pueden coexistir las actividades de generación con comercialización.
- Una prohibición especial para ISA consistente en que no puede participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad.

c. Sentencia AN 16257 de mayo 2 de 2007

La Sentencia analiza fundamentalmente la competencia de la CREG para expedir normas que pretendan adicionar o complementar la Ley a la cual debe estar supeditada conforme al mandato de la misma, así:

El Consejo de Estado señala que el artículo 370 de la Constitución es claro en señalar que la función regulatoria asignada al Presidente de la República, se ejerce “con sujeción a la ley”, por tanto una vez revisado el marco constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios, se tiene que la función regulatoria a cargo de las Comisiones de Regulación sectoriales debe ejercerse con sujeción a la ley.

Esta afirmación la reitera, señalando que “(...) en armonía con este precepto, el artículo 3º de la ley 142 enlista dentro de los instrumentos de intervención estatal a la regulación (numeral 3.3), pero advierte que “todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta ley”. Lo cual se reitera en los artículos 14, 68, 70, 73 y 74 de la ley 142 de 1994 y el artículo 23 de la Ley 143 de 1994”.

Sobre este punto, concluye el Consejo de Estado que “(...) de acuerdo con el marco constitucional y legal referido, las Comisiones de Regulación ejercen sus atribuciones con sujeción a la ley, y sus preceptos no las de la CREG) no tiene el mismo nivel de la legislación, y por lo mismo no pueden completarla o modificarla, y menos aún desconocerla, pueden contravenir sus mandatos, en tanto no tiene rango legislativo, por tanto, “al estar supeditada a la legislación, la regulación no puede ser instrumento para “completar la ley”, ni para suplir los vacíos que ésta pueda presentar en caso de que legislador no se haya ocupado de un asunto, ni mucho menos para expedir actos que contravengan abiertamente sus mandatos”.

“En otros términos, la regulación no forma proposición jurídica completa con la ley, ni es legislación secundaria, pues todo ello atenta contra la competencia legislativa asignada por antonomasia al Congreso de la República, como expresión del principio democrático que fundamenta nuestro Estado de Derecho”.

En cuanto a las prohibiciones establecidas en la Ley 143, el Consejo de Estado en la sentencia señala:

“En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución y del artículo 48 transitorio eiusdem, el Congreso Nacional expidió la ley 143 de 1994”.

“El artículo 1º de la ley 143 señala claramente que la misma establece el régimen jurídico de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización, actividades del sector que fueron calificadas como servicios públicos de carácter esencial, conforme al artículo 5º de la ley 143 en concordancia con el artículo 4 de la ley 142”.

“En armonía con estos mandatos, el artículo 7º de la ley 143 determinó que en dichas actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización pueden participar diferentes agentes económicos, cualquiera sea su naturaleza jurídica (pública, privada o mixta) y gozarán de libertad para desarrollar sus funciones en un contexto de libre competencia, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 333, 334 y 336 Constitucionales y en concomitancia con los literales a), b), c) y d) del artículo 3º de la citada ley”.

1ª Prohibición:

“En el marco del contexto legal antes expuesto, el capítulo XIII de la ley 143 que contiene las disposiciones finales de la ley 143 se ocupa de señalar en el artículo 74 que: “Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución”.

“De la simple lectura del texto legal transcrito se deducen los presupuestos que la norma estableció para su aplicación: i) que se trate de empresas prestadoras del servicio público de electricidad que se constituyan con posterioridad a la vigencia de la ley 143 (sujetos de la norma); ii) que no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo, con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución (condiciones de aplicabilidad)”

“El precepto es claro en imponer este límite a la libertad económica sólo para los nuevos operadores del servicio de electricidad que hagan parte del Sistema Interconectado Nacional-SIN que se constituyan a partir de la promulgación de la ley (art. 93), la cual tuvo lugar el 12 de julio de 1994 (Diario Oficial 41.434), dejando por

fuera de su aplicación a los prestadores que -contrario sensu- se hayan constituido con anterioridad a la vigencia de la misma”.

“El artículo 74 de la ley 143 que se estudia prevé un segundo presupuesto de aplicación: no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución”.

“Sin duda la norma precisó un límite a la libertad económica. Límite a la libertad económica que no puede hacerse extensivo a sujetos distintos a los allí previstos, a través de una norma de inferior jerarquía como sin duda lo es un acto regulatorio, según lo ya señalado”.

“No debe perderse de vista que la ley 143 es, como la ley 142, una ley de intervención económica, tal y como claramente se desprende de los principios generales previstos en el Capítulo I de la misma, en particular en el artículo 3° al señalar que corresponde al Estado en relación con el servicio público de electricidad: promover la libre competencia, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado, regular situaciones de monopolio natural y asegurar los derechos de los usuarios; en el artículo 4° al establecer en relación con el mismo servicio los objetivos del Estado en el cumplimiento de sus funciones; en el artículo 6° al señalar los principios que rigen las actividades del sector eléctrico (eficiencia, calidad, continuidad, neutralidad, adaptabilidad, equidad y solidaridad y redistribución de ingresos); en el artículo 7° al prever la libertad de entrada y en el artículo 9° al referirse a las funciones de inspección, vigilancia y control”.

“Al tratarse indiscutiblemente la ley 143 de una ley de intervención económica, de las previstas en el numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Nacional, en consonancia con el artículo 334 *ibid.*, aquella debía precisar -como en efecto lo hizo- los fines, alcances y los límites a la libertad económica”.

2ª Prohibición:

El artículo 32 de la ley 143, en consonancia con el artículo 167 de la ley 142, autorizó al Gobierno Nacional para modificar el objeto social de Interconexión Eléctrica S.A; al mismo tiempo dicho texto legal autorizó al Gobierno Nacional para organizar a partir de los activos de generación que entonces poseía Interconexión Eléctrica S.A. una nueva empresa (ISAGEN) dedicada a la generación de electricidad.

Con esta perspectiva, el párrafo tercero de la norma en comentario ordenó: “La empresa encargada del servicio de interconexión nacional, no podrá participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad”

De modo que la prohibición especial se predica tan solo de ISA, es esta empresa la que no puede participar en actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad como lo establece el párrafo 3º del artículo 32 de la ley 143.

d. Conclusión

De todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que:

Las Leyes 142 y 143, sólo se refieren a porcentajes de participación en el mercado de energía, para definir qué se entenderá como Posición Dominante, y en cuanto a prohibiciones de las empresas para participar en las actividades de energía eléctrica relacionadas con la cadena, sólo establece las dos prohibiciones citadas anteriormente, donde una de ellas hace relación a la participación en actividades en general para las empresas constituidas con posterioridad a la Ley 143, sin establecer porcentajes.

La Resolución CREG 095 de 2007 adiciona las prohibiciones establecidas en la Ley 143, incluyendo porcentajes no establecidos en ella, y en este orden de ideas, de acuerdo con lo señalado en la Sentencia, estaría desconociendo la Ley a la cual debe estar sujeta su regulación.

Para ISA no se establece en la Ley ninguna prohibición diferente a la de participar en las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica.

2.5.3 Comentarios de EPM

a. Fallo del Consejo de Estado relacionado con la participación de empresas integradas en la expansión del STN.

Sobre el ordinal declarado nulo, las Empresas Públicas de Medellín E.S.P reiterativamente mediante comunicaciones enviadas a la Comisión, habían solicitado remover las restricciones impuestas en la resolución 051, que impedían que empresas integradas que tenían como una de sus actividades la transmisión nacional, pudieran participar en las convocatorias públicas para la expansión del STN y en la construcción, operación y mantenimiento de las interconexiones internacionales.

Los argumentos que se presentaron se basan en la ley y en la regulación aplicable a la actividad de Trasmisión Nacional. Al respecto manifestamos que existen mecanismos establecidos tanto en la Ley y como en la regulación, que evitan que empresas integradas, que desarrollen la transmisión, puedan interferir con el desarrollo del mercado.

En las Leyes 142 y 143 de 1994, como en la regulación, han quedado explícitos mecanismos relacionados con la disponibilidad del sistema, el libre acceso a las redes de todos los agentes del mercado en igualdad de condiciones, la operación centralizada del sistema por un agente sin conflicto de intereses con el mercado y bajo un reglamento único para todos los participantes, la planeación del sistema y la definición de las obras a construir en el STN en cabeza de un ente central. Adicionalmente en la Ley existe un mecanismo que permite la escisión de una empresa integrada, cuando se encuentren conductas de uso de posición dominante.

De otro lado, manifestamos que de acuerdo con la Ley 143 de 1994, no encontramos que haya sido señalado que a las empresas integradas, existentes a la fecha de expedición de esta Ley, se les hubiese puesto alguna restricción o limitación para participar en la actividad de transporte de energía, incluida su expansión, ya sea bajo el esquema anterior o a través de convocatorias por la prestación del servicio. Indicamos que la restricción impuesta en la Ley aplica sólo a las empresas nuevas que se constituyan después de su entrada en vigencia para prestar este servicio.

Con base en lo anterior, el fallo del Consejo de Estado recoge los argumentos presentados por EE.PP.M, en el sentido que la limitación impuesta por la resolución 051, literal a) del artículo 10º, sólo aplica a empresas constituidas después de la Ley 143 de 1994.

b. Resoluciones CREG 090 y 095 de 2007 relacionadas con disposiciones sobre concentración de propiedad.

La propuesta genera asimetrías en el mercado y trata de limitar la integración vertical, de manera extrema, aún cuando la Ley 143 no la prohibió para las constituidas con anterioridad a la expedición de la Ley. En tal sentido, transgrede lo consignado en el artículo 74 de la Ley 143 el cual estipula que: “Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistemas interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la

comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución”.

La medida restringe la competencia en todas las actividades debido a que impide que un número mayor de agentes participen en la compra de empresas del sector y limita la posibilidad de aprovechar las economías de escala que se pueden obtener en la actividad.

Con respecto a la participación en una empresa que desarrolle la actividad de transmisión, debe tenerse en cuenta que el Sistema Interconectado Nacional SIN, opera bajo el marco del Reglamento de Operación, el cual es definido por la CREG y ejecutado por el CNO de acuerdo con lo estipulado en la Ley 143. Esto implica que la operación del sistema se realiza de manera independiente a la propiedad de los activos, lo cual blinda el esquema ante eventuales conductas de abuso de posición dominante; igualmente, la ley consagra el libre acceso como un principio fundamental y señala las conductas que son restrictivas de la competencia y las sanciones a que haya lugar.

Con respecto a lo establecido en la resolución CREG 095, la Comisión modifica los límites que había definido en la resolución CREG 090, pasando del 1% al 2% del total de ingresos de transmisión o del 1% al 2% de participación en la actividad de generación, y permite a las empresas integradas, cuando no se cumple los límites señalados, mantener la propiedad en esas empresas, vendiendo los activos necesarios para cumplir con los límites establecidos. A pesar de lo anterior, mantiene las limitaciones a la competencia, las asimetrías y limitaciones a la integración vertical que señalamos para la resolución 090 de 2007, sobrepasando lo establecido en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994.

2.5.4 Comentarios de CODENSA - EMGESA

a. Resolución CREG 090 de 2007

Respecto del artículo primero de la Resolución 90 de 2007, observamos que si bien la CREG pretende mantener la separación de actividades de las empresas de servicios públicos constituidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994, lo que en realidad hace es prohibir a una Empresa de Servicios Públicos constituida antes de la expedición de la Ley 143 mantener su vocación de integralidad, al prohibirle absorber una Empresa de Servicios Públicos nueva, desconociendo con ello el artículo 74 de la

Ley mencionada y el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado² que le permiten ejercer actividades integradas.

En lo que tiene que ver con los artículos 2º y 3º de la Resolución estudiada, observamos que debido a que en forma expresa se deja solo la opción de vender el excedente de participación en la respectiva empresa que sobrepase el porcentaje del 1% de ingresos por la actividad de Transmisión o Generación, recomendamos que también se permita en el mencionado plazo de seis (6) meses, la opción de tomar otro tipo de acciones, como desinvertir en activos, hasta que los ingresos por las actividades de Transmisión o Generación, según el caso, se ajusten al porcentaje del 1% mencionado. Lo anterior, debido a que si solo se deja la opción de venta de la participación accionaria, se abriría la puerta para que se presenten en el sector actuaciones especulativas.

b. Resolución CREG 095 de 2007

Si bien normativamente se autoriza a la CREG para establecer reglas de comportamiento diferencial, las mismas no pueden contravenir lo dispuesto por la ley, pues el regulador económico no puede establecer una regla de comportamiento diferencial que desconozca la diferenciación que a su vez hizo el legislador, y esta norma establece una restricción a las actividades de las empresas constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley 143, no prevista en la propia ley.

Ha expresado la Corte Constitucional que en materia de servicios públicos domiciliarios, la regulación no es un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la posibilidad de entregar al Presidente de la República y a sus delegatarios atribuciones de legislador extraordinario. “Las comisiones resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios”³.

A su turno, el Consejo de Estado ha considerado que “el mecanismo de establecer límites a la participación en una empresa generadora, comercializadora o distribuidora de energía que, como ya se dijo, conduce a desarrollar la finalidad prevista en el

² “el regulador económico no puede establecer una regla de comportamiento diferencial que desconozca la diferenciación prevista por la ley”. (CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de mayo 2 de 2007. Exp. 16257. M.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO)

³ Corte Constitucional. Sentencia C 1162 de 2000, M.P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

artículo 73, numeral 73.25, de la Ley 142 de 1.994, de evitar la concentración de la propiedad accionaria, indirectamente contribuye a evitar abuso de la posición dominante, pues en la medida en que exista mayor concentración de la propiedad accionaria ello puede contribuir a que en un momento dado se puedan adoptar conductas que se traduzcan en un abuso de esa posición... en el acto acusado no se vislumbra un trato desigual, ya que, por el contrario, en él se exige un límite máximo de participación en el mercado frente a todas las personas naturales o jurídicas; así como tampoco se advierte vulneración del derecho de asociación, pues no se está impidiendo la organización ni constitución de empresas”⁴, de donde se deduce que una consagración en el sentido de vulnerar el derecho de asociación sería contraria a la Constitución y a la Ley.

Así mismo ha considerado que “La previsión consistente en exigir un límite a la participación en las actividades de generación, comercialización, y distribución constituye un mecanismo para evitar la concentración de la propiedad accionaria, facultad esta consagrada en el artículo 73, numeral 73.25 de la referida Ley 142”⁵.

Esta propuesta normativa atenta contra la libertad de empresa pues esta libertad se ve atacada “si a su titular se le privase injustificada e irrazonablemente de adoptar las decisiones básicas que contribuyen a formar una determinada unidad económica independiente, y que resultan determinantes para fijar el riesgo, la responsabilidad y el beneficio individuales, todo lo cual se traduce en un plano global en la existencia de una economía por lo menos parcialmente descentralizada y autónoma”⁶.

La libertad de empresa es un postulado constitucional y la norma aquí estudiada está limitando en forma inconstitucional la libertad de empresa y la iniciativa privada, siendo que “...en general, para proteger la libertad económica, la dirección estatal se efectúa por el Gobierno con base en leyes de intervención que deben precisar sus fines, sus alcances y los límites de la libertad económica (CP art. 150 Ord. 21)...”⁷ (Se subraya)

Cuando la CREG establece que para hacer cumplir el mandato establecido en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 relacionado con la imposibilidad de la integración vertical de las empresas creadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 143, lo que en realidad hace es prohibir a una Empresa de Servicios Públicos constituida antes de la expedición de la Ley 143 mantener su vocación de integralidad,

⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de diciembre 7 de 2000. Exp. 6022. M.P. Dr. EDUARDO MENDOZA MARTELO

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de febrero 12 de 1998. Exp. 4443. M.P. Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-535/97. M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-176/96. M.P. Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

pues al prohibirle absorber una Empresa de Servicios Públicos nueva, desconoce el artículo 74 de la Ley mencionada y el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado⁸ que le permiten ejercer actividades integradas.

El Consejo de Estado⁹ precisó con toda claridad el alcance del artículo 74 de la Ley 143 de 1994, lo que permitiría controvertir los argumentos de la CREG, de la siguiente forma:

La limitación allí establecida se refiere única y exclusivamente a las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de dicha ley. De manera que si la CREG mediante una Resolución limita la libertad de Empresa que no ha sido allí prevista, vulnera flagrantemente la Constitución y la Ley.

Con base en el artículo 370 de la Constitución Política las funciones regulatorias de la CREG deben ejercerse con sujeción a la Ley.

El artículo 3 de la Ley 142/94 establece como uno de los instrumentos de intervención estatal a la regulación la cual debe “fundarse en los motivos que determina esta ley”

El artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994, dispone que la función de regular se deberá someter “a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”. Igual norma encontramos en los artículos 68, 70 y 73 de la Ley 142/94

De acuerdo a todo este respaldo normativo, el Consejo de Estado concluye que “las Comisiones de Regulación ejercen sus atribuciones con sujeción a la ley, y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, en tanto no tienen rango legislativo (...) la regulación de las Comisiones (entre ellas las de la CREG) no tiene el mismo nivel de la legislación, y por lo mismo no pueden completarla o modificarla, y menos aún desconocerla”¹⁰.

La CREG había entendido el alcance y el contenido del artículo 74 mencionado en el sentido que “lo que hizo la ley fue respetar las situaciones jurídicas que estuvieran constituidas antes de su vigencia”¹¹, pero a partir de la sentencia del Consejo de Estado a la que nos hemos referido entiende que “por el simple hecho de haber estado constituida una empresa antes de la vigencia de la ley 143 de 1994, tendría el privilegio

⁸ “el regulador económico no puede establecer una regla de comportamiento diferencial que desconozca la diferenciación prevista por la ley”. (CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de mayo 2 de 2007. Exp. 16257. M.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO)

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de mayo 2 de 2007. Exp. 16257. M.P. Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ CREG. Comunicación S-2004-002574 de septiembre 1 de 2004.

de adicionar a su objeto social todas las actividades del sector, pues a estos sujetos no puede hacerse extensiva la prohibición de tener más de una de las actividades”¹² y de alguna forma, con la norma propuesta, está limitando la manera como las Empresas creadas con anterioridad a la ley 143 pueden adicionar su objeto social, al no permitir que absorban empresas creadas con posterioridad a la vigencia de la Ley 143.

Haciendo una confrontación del artículo 74 de la Ley 143 con el artículo aquí estudiado, tenemos:

ARTICULO 74 LEY 143 DE 1994	ARTICULO 1º. RES CREG 095 DE 2007
<p>1. SUJETOS DE LA NORMA: Se debe tratar de empresas prestadoras del servicio público de electricidad que se constituyan con anterioridad a la vigencia de la ley 143</p> <p>2. CONDICIONES DE APLICABILIDAD: Pueden tener más de una de las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad</p>	<p>1. SUJETOS DE LA NORMA: Se debe tratar de Empresas creadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143.</p> <p>2. CONDICIONES DE APLICABILIDAD: Pueden tener más de una actividad relacionada con el servicio público de electricidad, pero <u>no pueden absorber una empresa creada con posterioridad a su entrada en vigencia.</u></p>

El artículo 152 del C.C.A. establece que para que proceda la suspensión provisional de un acto administrativo “basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa...”, con lo cual, se debe demostrar una violación de la norma que “salte a la vista y se pueda percibir a través de la comparación sencilla de la norma acusada y la norma superior de derecho que se alega desconocida”¹³

Con esta figura no se afecta la existencia de la Resolución de la CREG, sino solo interrumpe los efectos que produce, en forma inmediata.

De la lectura literal de esta norma se podría entender que la prohibición de que “las empresas de servicios públicos constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 143 de 1994 que tengan por objeto la prestación del servicio público de energía en el Sistema Interconectado Nacional no puedan absorber empresas de servicios públicos domiciliarios creadas con posterioridad a la vigencia de dicha ley”, no aplicaría a las Empresas de servicios públicos domiciliarios nuevas.

¹² CREG. Comunicación S-2007-002131 de agosto 18 de 2007

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Auto de octubre 11 de 1996. Exp. 7490. M.P. Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

De acuerdo a esta interpretación literal de la norma, nos tendríamos que remitir al Código de Comercio que regula la figura de la fusión, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Comercio, por los efectos de la fusión por absorción, la empresa nueva adquiriría “los bienes y derechos de las sociedades absorbidas”. Con lo cual, si la Empresa nueva absorbe una empresa integrada creada con anterioridad a la Ley 142/94, adquiriría, en virtud de este artículo, el derecho de la integralidad de las Empresas creadas con anterioridad a la Ley 143 que ella absorba.

Si bien no se puede perder de vista el artículo 74 de la Ley 143 que establece la prohibición para empresas nuevas de desarrollar actividades integradas, podría entenderse que efectivamente no lo pueden hacer en forma directa, pero podría entenderse que sí lo podrían hacer en virtud de la fusión por absorción, pues no existe una norma que lo prohíba.

“Fusión triangular”: Utilizar una tercera sociedad para conseguir lo que esencialmente constituiría una fusión de dos compañías.

Se propone sobre la base que el “derecho a la integralidad” es uno de los derechos que se pueden adquirir por la fusión por absorción en virtud del art. 172 del C.Cio.

La prohibición del artículo 74 de la Ley 143 aplica para empresas nuevas que tengan por objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del SIN

La prohibición del art. 1 de la RES CREG 095/07 aplica para las empresas creadas con anterioridad a su vigencia que tengan por objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del SIN.

2.5.5 Comentarios de otros Agentes

A continuación se resumen comentarios recibidos de otros agentes que acogiendo su solicitud, no son identificados específicamente.

- El fallo del Consejo de Estado permite una mayor competencia entre agentes en las convocatorias del plan de expansión de transmisión.
- En lo que se refiere a la resolución No 95 de 2007, la CREG no puede reformar mediante resolución un artículo contenido en la ley pues, está modificando el artículo al decir que “no se podrán absorber empresas de servicios públicos”, en contra de lo que la propia ley permite. Si bien es cierto

que la misma ley faculta a la Comisión para establecer los mecanismos para evitar la concentración de propiedad accionaria, también prevé que la Comisión se encargue de preparar los proyectos de ley destinados entre otros, a modificar un artículo y no es viable hacerlo por vía de resolución en atención, además, a la jerarquía de las leyes, lo cual resultaría a todas las luces ilegal.

2.6 Reflexiones del CSMEM.

- La ley 143 determinó que las empresas que se encargaran de la transmisión nacional no podrían participar en las actividades de generación, comercialización y distribución de electricidad y determinó que la CREG sería la encargada de definir quien ejecutaría las expansiones del Sistema de Interconexión Nacional.
- El legislador al desintegrar las actividades que componen el servicio de energía eléctrica tuvo en cuenta que éstas son actividades completamente independientes con características propias, tal que la generación es altamente competitiva y dicha competencia es dependiente de la imparcialidad del transmisor. El transmisor puede decidir no transportar energía por imposibilidades de carácter técnico, teniendo el poder de decisión frente a la energía que transporta. Cuando el transmisor tiene interés económico en algún generador, puede afectar su decisión prefiriendo un generador y beneficiando sus propios intereses. Esto es posible porque la transmisión es un monopolio y en esa medida el generador perjudicado no tiene alternativa alguna.
- Similarmente, el transmisor puede decidir a cual distribuidor le suprime la energía, y esto puede afectar de manera grave a un distribuidor por encima de otro, perjudicando de esta manera a los consumidores.
- En la estructura adoptada, al evitar que el transmisor participe en las actividades de generación, distribución o comercialización, se garantiza que los beneficios que se presenten por la competencia en precios y en cantidades en la actividad de generación, sean transferidos a los consumidores finales y no sean apropiados por el transmisor nacional.

- La libre competencia no es un derecho absoluto y debe enmarcarse dentro de la ley. Cuando un transmisor de energía tiene intereses en otros negocios, implica que ese agente tenga una posición de ventaja sobre los demás. Al permitir la participación de agentes con objeto múltiple en los procesos de expansión, se aumenta la posición dominante que tienen las empresas de objeto múltiple creadas con anterioridad a la ley 142 de 1994.
- La Resolución CREG 051 de 1998 no prohíbe a las empresas integradas verticalmente seguir ejerciendo la actividad de transmisión con los activos que posee; sin embargo, establece que en proyectos posteriores a la vigencia de la ley, deben sujetarse a las reglas del mercado, creadas para garantizar la libre competencia y la prestación eficiente del servicio.
- En concepto del CSMEM, la Sentencia 16257 del Consejo de Estado no considera las particularidades de la actividad del transmisor, tales como el hecho de ser un negocio regulado muy diferente a la generación y la distribución, que además debería garantizar a todos los agentes del mercado absoluta imparcialidad.
- En concepto del CSMEM, la Sentencia 16257 del Consejo de Estado, permite que se continúe profundizando la integración vertical de las empresas, lo cual contradice el espíritu del legislador quien promovía la libre competencia y la transparencia del mercado. Todo esto se hubiera podido evitar, si desde un comienzo la Ley 143 en forma decidida hubiera prohibido la existencia de empresas eléctricas con múltiples actividades. Preocupa hacia el futuro que este tipo de fallo pudiese ser tomado como doctrina en fallos posteriores.
- De otra parte, la Resolución CREG 095 de 2007 persigue amortiguar los efectos de la Sentencia del Consejo de Estado, más sin embargo termina ampliando los factores de participación de actividades en las empresas integradas verticalmente.

2.7 Bibliografía y Fuentes de Información

- Sentencia AN 16257 del Consejo de Estado 2 de mayo de 2007.
- Resolución CREG 051 de 1998.
- Resolución CREG 090 de 2007.

- Resolución CREG 095 de 2007.
- Comentarios de Electrocosta y Electricaribe enviados a la CREG con respecto a la Resolución CREG 090 de 2007. Noviembre 19 de 2007.
- Análisis de las Resoluciones CREG 090 Y 095 de 2007, a la luz de las Leyes 142 Y 143 de 1994, en relación con La Sentencia AN 16257. ISA, Junio 16 de 2008.
- Comentarios enviados por EPM, sobre las resoluciones 51 de 1998 y 90 de 2007. EPM, Junio 12 de 2008.
- Limitación para la participación de agentes en la expansión del STN y en las interconexiones internacionales. EPM, Medellín, Junio 21 de 2001.
- Observaciones a la Resolución 090 de 2007 – disposiciones sobre concentración de la propiedad accionaria. Enviados por EPM a la CREG, Noviembre 16 de 2007.
- Comentarios enviados por Codensa y Emgesa a la CREG, sobre la resolución 90 de 2007. Noviembre 16 de 2007.
- Comentarios enviados por Codensa y Emgesa sobre la prohibición de absorción de Empresas creadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994 por Empresas creadas con anterioridad a la misma Ley, establecida en el artículo primero. Codensa y Emgesa, Junio 18 de 2008.

3 Análisis de Desempeño del MEM

Este análisis se ha llevado a cabo con base en los indicadores que tuvieron durante los meses de abril y mayo un desempeño particular que merece destacarse.

3.1 Comportamiento del sistema

Comparando los meses de mayo-07 y mayo-08, se observa una caída en la generación a nivel agregado inferior al 1%. De otra parte para los mismos meses, la participación de la generación hidráulica disminuyó en 8.4%, mientras la de la generación térmica aumentó en 44.5%, correspondiendo este aumento principalmente a generación con gas.

En el año completo junio 2007 – mayo 2008 las hidrologías han sido favorables para la generación eléctrica. En los últimos 2 meses, los registros cayeron ligeramente por debajo de los promedios históricos, en magnitudes que difícilmente deberían alterar el comportamiento del sector. Estos aportes especialmente en el mes de mayo han servido para iniciar la recuperación del nivel de los embalses.

Tipo de Generación	Promedio Ultimo Año	mayo-07	abril-08	mayo-08	Variación Mayo 08-Abril 08	Variación May 08-Mayo 07	Variación Mayo 08-Promedio Ultimo Año
Hídrica	3524.04	3623.97	3335.19	3319.56	-0.47%	-8.40%	-5.80%
Térmica	722.85	646.54	903.98	934.12	3.33%	44.48%	29.23%
Gas	477.94	378.27	559.01	633.96	13.41%	67.59%	32.64%
Carbón	244.05	268.27	334.76	300.10	-10.35%	11.86%	22.97%
Menores	233.02	235.77	224.86	251.45	11.82%	6.65%	7.91%
Cogeneradores	5.51	4.87	3.72	2.24	-39.75%	-53.90%	-59.29%
Total	4485.42	4511.14	4467.75	4507.37	0.89%	-0.08%	0.49%

3.2 Evolución de los precios de Bolsa

3.2.1 Evolución del Precio de Bolsa Diario vs Nivel de Embalse Agregado

El gráfico No 1 presenta la evolución del valor promedio diario del precio de bolsa, los valores máximos y mínimos horarios de bolsa y el nivel de embalse agregado diario, para los últimos 6 meses.

Evolución del Precio de Bolsa vs. Nivel del Embalse Agregado - Diciembre de 2007 a Mayo 2008

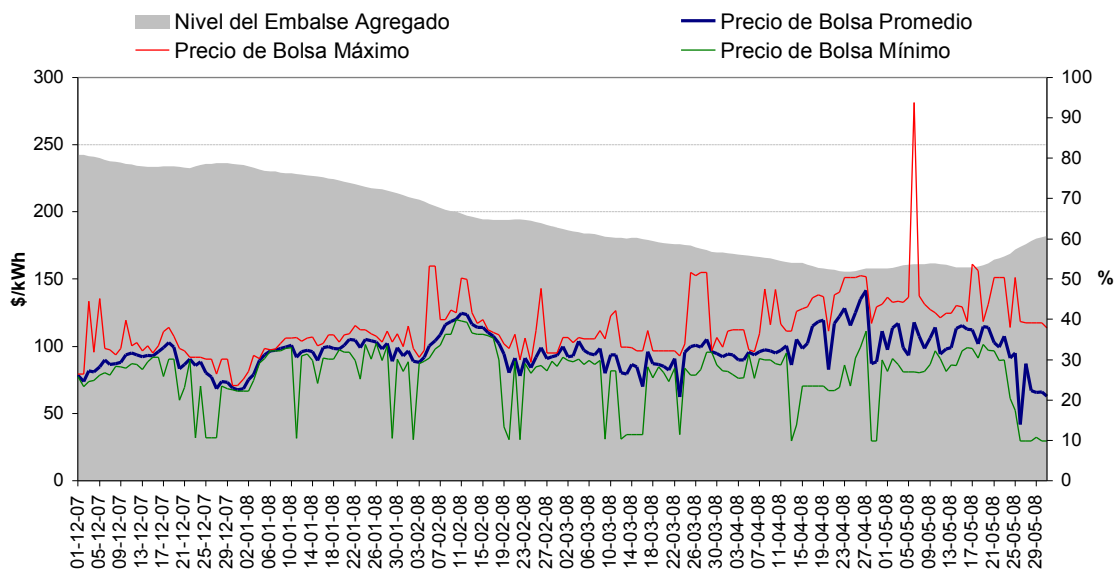


Gráfico No 1

Durante abril y los primeros 20 días de mayo persistieron los precios elevados en el mercado spot; en abril el precio promedio de bolsa presentó una escalada que lo llevó a \$140/kWh. Hacia finales del mes de mayo, no obstante, el precio se desplomó, hasta alcanzar, solo por un día, niveles próximos a los mínimos establecidos por la regulación. La caída de precios presumiblemente está asociada a un aumento en el régimen de lluvias puesto que, como se observa en la gráfica, coincide con una recuperación considerable en el nivel del embalse agregado que se situó en 60% al final del periodo.

Durante todo el período se observó una enorme dispersión entre los precios mínimos y máximos, correspondiente con una volatilidad alta. A comienzos de abril se presentó un registro muy elevado del orden de \$280/kWh en horas de alta demanda.

3.2.2 Precios Diarios de Bolsa Actuales, Históricos y Críticos

El gráfico No 2 presenta los precios de bolsa diarios para los últimos 3 meses, y los compara para estos mismos meses, con los valores históricos, los valores del año anterior y los críticos (del Niño 2001-2002).

Precios Diarios de Bolsa Actuales, Históricos y Críticos

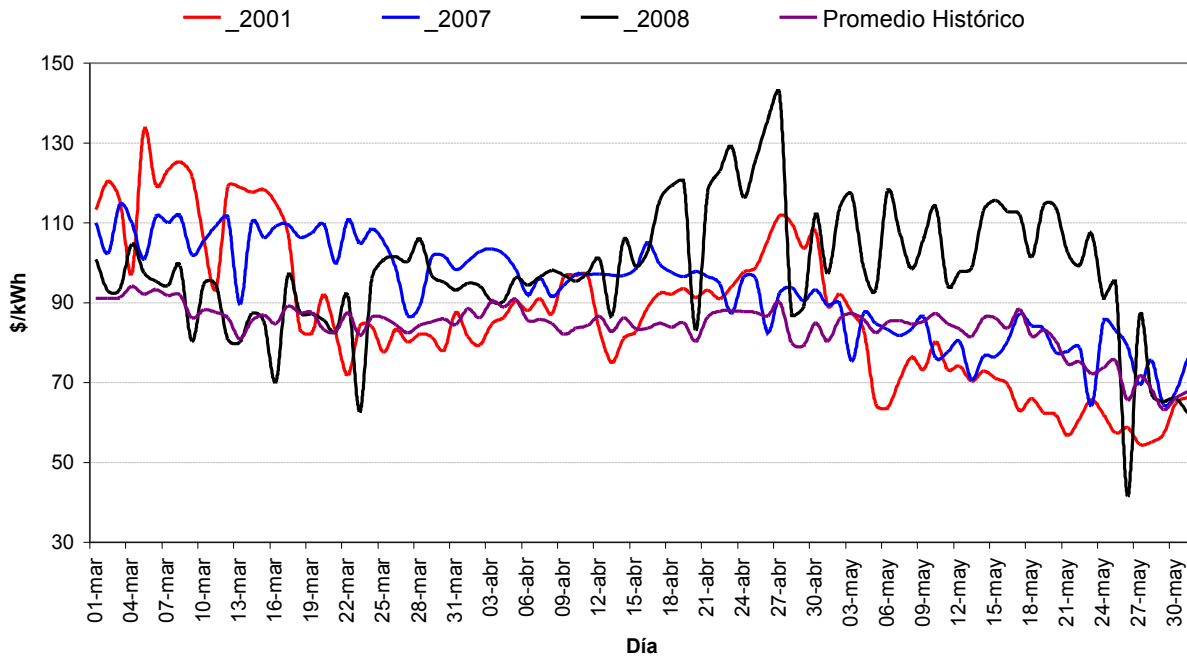


Gráfico No 2

El gráfico permite poner en perspectiva el comentario anterior. Los precios desde mediados de abril y hasta finales de mayo se alejaron completamente del comportamiento observado en años anteriores (de por sí de precios elevados) y de los promedios históricos; no obstante, en la última semana de mayo se observa un retorno a nivel de los referentes históricos.

El precio de bolsa muy por encima de los referentes históricos, no está asociado a restricciones hidrológicas y su explicación se debe buscar en la percepción de escasez y precios elevados en el mercado del gas, la reducción de la brecha entre oferta y demanda de capacidad de generación o, eventualmente en una situación de poder de mercado.

3.2.3 Distribución del Precio de Bolsa

El gráfico No 3 presenta la distribución porcentual del precio de bolsa horario por mes, en intervalos de \$5/kwh, para los últimos tres meses.

Distribución del Precio de Bolsa

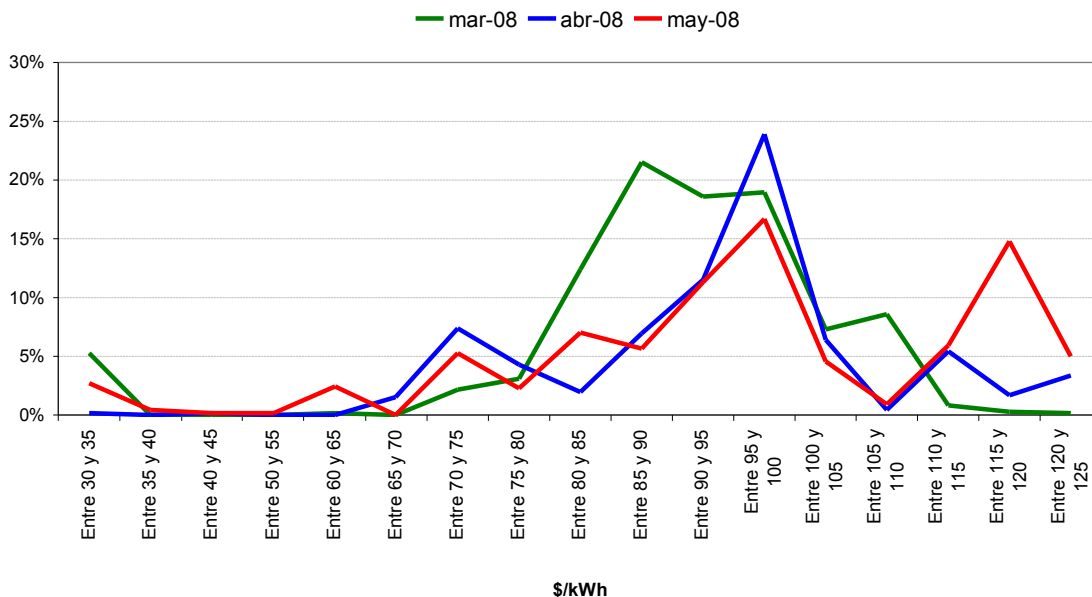


Gráfico No 3

Como consecuencia del comportamiento de los precios de bolsa comentado anteriormente, la distribución de precios en mayo es anómala. Se observa un desplazamiento importante hacia la derecha en la moda, que captura la elevación de precios (\$115/kWh - \$120/kWh) y dos modas adicionales cercanas, la primera al promedio de los meses anteriores y la segunda en precios bajos que captura la caída hacia finales del mes.

3.3 Comportamiento de Ofertas

3.3.1 Agentes Marcadores del Precio

El gráfico No 4 presenta en cada mes del último año, los cinco agentes que corresponden con el mayor porcentaje de tiempo que fueron marcadores del precio.

En mayo se presentó un patrón de comportamiento diferente del mes anterior, se redujo ligeramente el porcentaje de coincidencias concentradas en un mismo agente, de niveles de 32% a un 27%. Por otra parte, en mayo el liderazgo en determinación de precios recayó en EPM e Isagen, Emgesa pasó a un tercer lugar tras el papel protagónico que venía desempeñando en la mayor parte de los últimos doce meses. El número de coincidencias registrado por Chivor también se redujo en este mes.

**Porcentaje de Tiempo que cada Agente fue Marcador del
Precio de Bolsa
Junio de 2007 a Mayo de 2008**

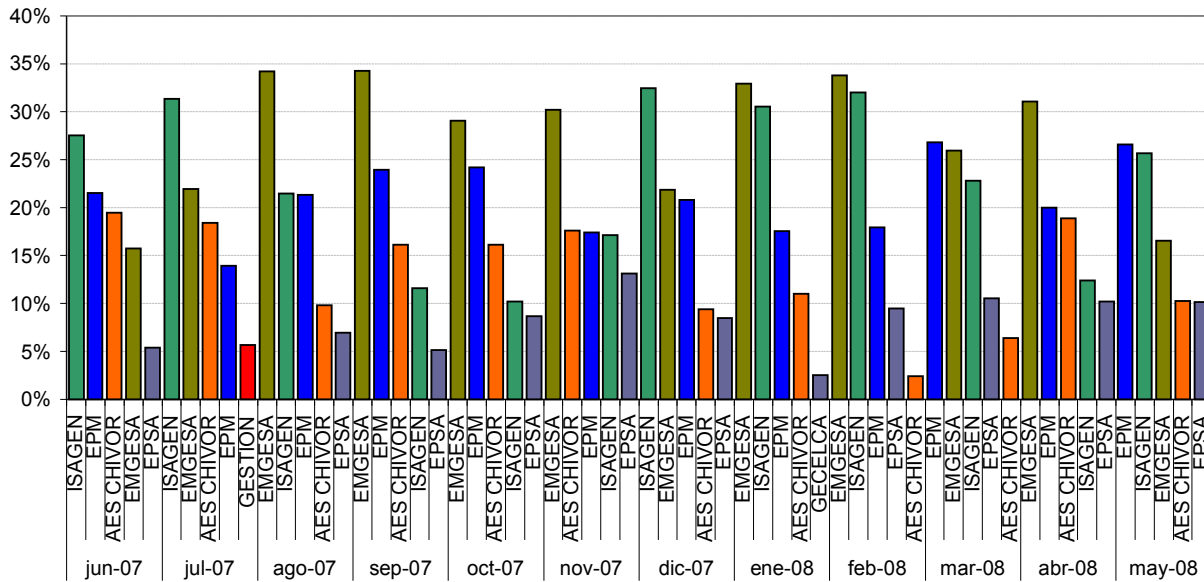


Gráfico No 4

3.3.2 Plantas Marcadoras del Precio

El gráfico No 5 presenta para los últimos tres meses, las cuatro plantas con el mayor porcentaje de tiempo de fijación del precio de bolsa, dentro de tres rangos de precios de oferta.

A nivel de plantas, se destaca como Guatapé determinó durante casi la mitad de las horas del mes, el precio en los períodos de demanda media (rango de \$40/kWh a \$80/kWh), con una estrategia de ofertar constantemente a precios que corresponden al 40% del promedio de los valores de mercado. San Carlos, claramente lideró el mercado de horas de alta demanda con 22% de coincidencias. En horas de baja demanda, La tasajera y Paraíso Alban ejercieron el liderazgo cada una con un índice del 16%.

**Porcentaje de Tiempo que cada Planta fue Marcadora del Precio de Bolsa por Rangos de Precio
Marzo 2008- Mayo 2008**

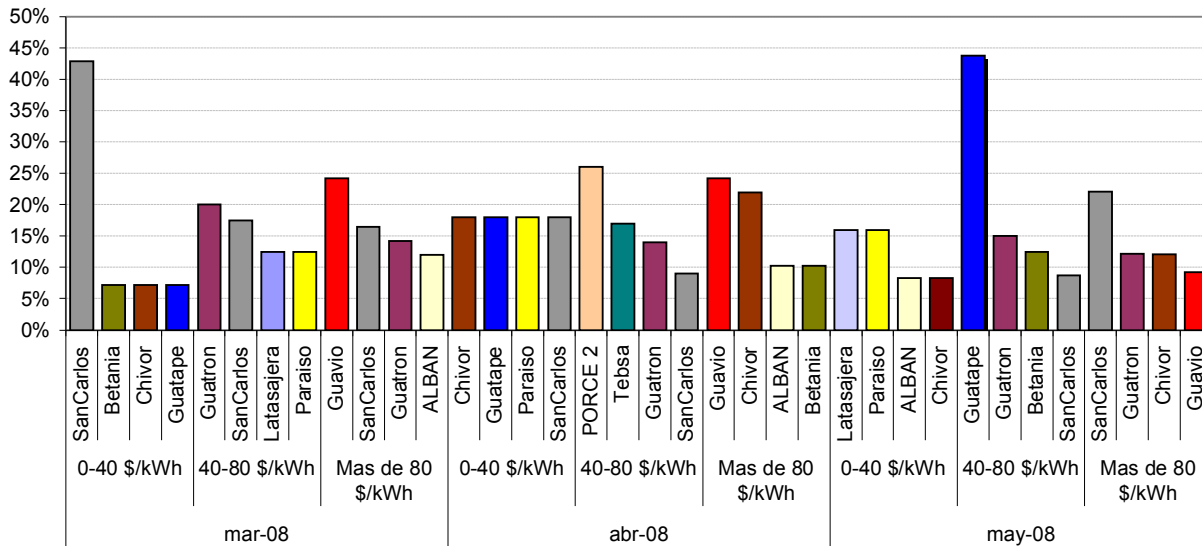


Gráfico No 5

3.3.3 Relación Precios de Oferta / Precio de Bolsa y Disponibilidad

El análisis llevado a cabo por el CSMEM en esta sección, está basado en la información recopilada y procesada para relación de los precios de oferta de los agentes con respecto al precio de bolsa, la disponibilidad de las plantas, el nivel de embalse agregado del sistema y el nivel específico de cada planta hidráulica:

- La estrategia de precios, dada la baja capacidad de almacenamiento de los embalses, muestra fuertes oscilaciones entre el precio de competencia y los mínimos admitidos por la regulación, cuando el embalse se aproxima a la saturación.
- Betania en abril y mayo, mantuvo su embalse en niveles superiores al 80%. Durante este periodo, su precio de oferta como es usual, presentó oscilaciones entre el 20% y el 150% del precio promedio de bolsa.
- El embalse del Peñol que alimenta a Guatapé, durante los meses de abril y mayo mantuvo niveles del orden del 90% y correspondientemente sus ofertas de precio se

presentaron en la base persiguiendo salir despachada todo el tiempo. Durante la última semana de mayo, sus ofertas de precio en forma inesperada fueron superiores al precio promedio de bolsa.

- Chivor y Guavio, a pesar de estar situados en cuencas cercanas y presentar en abril y mayo niveles de embalse extremadamente bajos del orden de 20%, siguieron estrategias de oferta muy diferentes.
- Chivor movió el precio de oferta entre los niveles de competencia y el precio mínimo. Guavio, por su parte se mantuvo alejado del mercado con precios por encima de los marginales que despejaron el precio de bolsa.
- El comportamiento de Paraiso - Guaca se asemeja al de Guatapé, en el sentido en que parece haber contado con los aportes suficientes para mantener relativamente estable el nivel del embalse, con ofertas bajas y un ritmo elevado de despachos.
- En mayo Jaguas inició la recuperación de su embalse y las ofertas de precios alternaron entre precios bajos y precios superiores al de bolsa. A partir de la última semana de mayo, las ofertas se elevaron por encima del 150% del precio de bolsa, en una estrategia que persigue evitar salir despachada.
- En Porce, durante abril y mayo las ofertas de la planta oscilaron alrededor del 90% del precio de bolsa, asumiendo una estrategia que asegura su despacho principalmente en las horas de alta demanda.
- San Carlos buena parte del mes de abril aseguró su despacho en la base, posteriormente sus ofertas oscilaron alrededor del 80% del precio de bolsa para ser despachada principalmente en las horas de alta demanda y al final de mayo redujo drásticamente el precio de sus ofertas cuando el embalse alcanzó su nivel máximo.
- Urra presentó durante las tres primeras semanas de abril precios de oferta altos para evitar su despacho, posteriormente utilizó como estrategia ofertar precios bajos hasta el fin de mayo, con el fin de asegurar su despacho, a pesar que su embalse presentó niveles relativamente bajos.
- TEBSA sostuvo precios de oferta competitivos durante todo el mes de mayo. Obviamente con la caída de los precios del mercado a finales de mayo las ofertas de TEBSA dejaron de ser competitivas. Un patrón similar se observa con TermoZipa que opera con carbón.

- TermoCentro y TermoFlores durante abril y mayo ofertaron precios fuera del rango de competencia, utilizando una estrategia que elimina la probabilidad de ser despachadas. Nuevamente este comportamiento no debe ser ajeno a la estrechez en el mercado de gas, posiblemente estas plantas estaban orientadas también a liberar gas para el mercado secundario.
- TermoSierra en buena parte del mes de mayo presenta ofertas de precio competitivas para asegurar su despacho, el resto de tiempo elimina su probabilidad de despacho con precios de oferta altos.

3.3.4 Evolución de los Precios de Oferta Hidráulica y Térmica

El gráfico No 6 presenta la evolución a nivel mensual de los precios promedio de oferta de las plantas hidráulicas, térmicas, el total, y el precio de escasez, para los últimos 2 años.

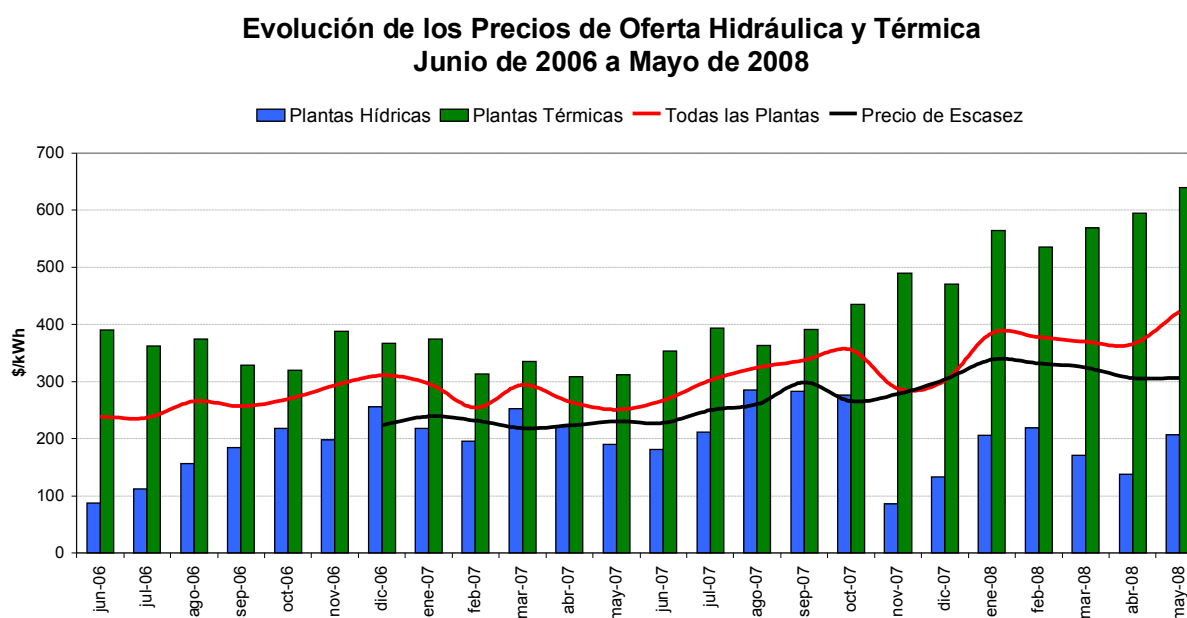


Gráfico No 6

En abril y mayo continuó la tendencia ascendente en los precios promedio que oferta el parque térmico en el MEM. Este comportamiento, relacionado sin duda con la estrechez en el mercado de gas, probablemente explica parte del aumento en los precios observados en el spot en los últimos meses. Como se anotó anteriormente, plantas térmicas de gran capacidad como Termocentro, que históricamente han

participado en algún grado en el mercado, en estos últimos meses se han marginado ofertando precios que no guardan ninguna relación con su costo marginal.

Las plantas hidráulicas por su parte, si bien en el año 2008 han mantenido precios de oferta menores a los del año pasado, en mayo ofertaron en promedio a más de \$200/kWh, valor que se puede considerar elevado dada la hidrología y el nivel del embalse agregado.

3.3.5 Curvas de Oferta en Bolsa Promedio

El gráfico No 7 presenta la curva de oferta de precio promedio en bolsa para los últimos 3 meses, indicando además para el mes de mayo, las demandas mínima y máxima a nivel nacional.

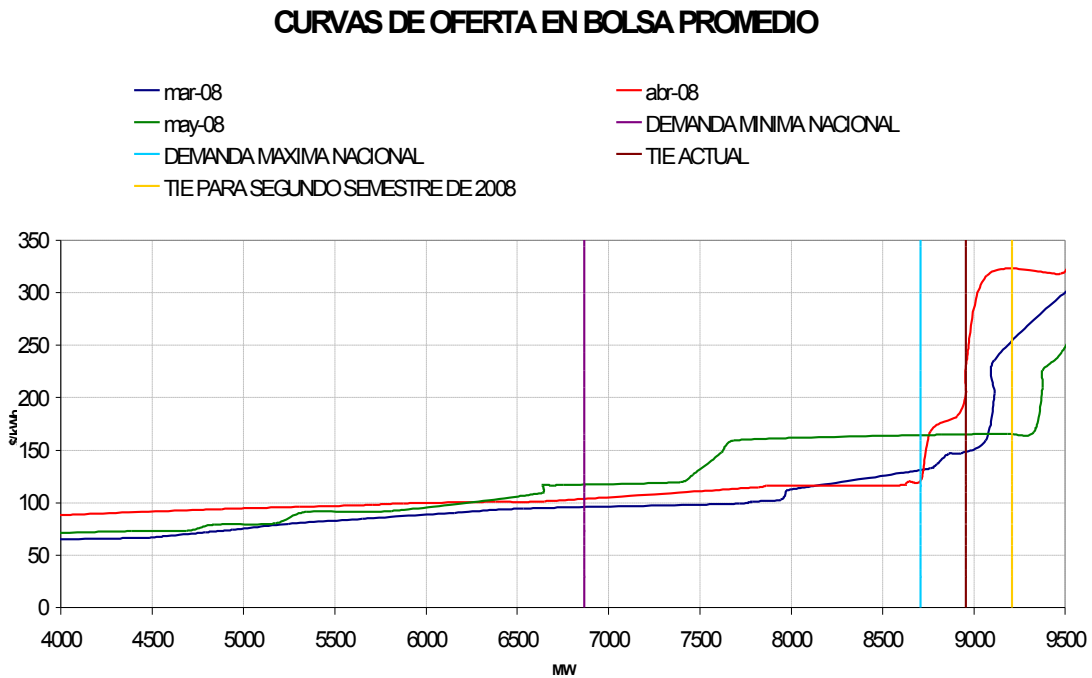


Gráfico No 7

En el último mes la curva promedio de oferta del mercado cambió considerablemente. Para los niveles altos de generación, el tramo completamente elástico se extendió hasta casi los 9.5 Gwh, mitigando peligros de disparadas de precios por encima del precio de escasez. No obstante, para demandas bajas y medias se presentó un desplazamiento, marcado entre 6.5 y 7.0 Gwh y uno muy pronunciado entre 7.7 y 8.0

Gwh. Estas discontinuidades en la curva de oferta ayudan a explicar el alto nivel de precios observado en el mercado hasta la tercer semana de mayo.

3.3.6 Índice de Lerner

El gráfico No 8 presenta, para cada uno de los agentes, el índice de poder de mercado Lerner mensual, calculado como el inverso de la elasticidad precio de la demanda residual, para los periodos de demanda alta, en los últimos doce meses.

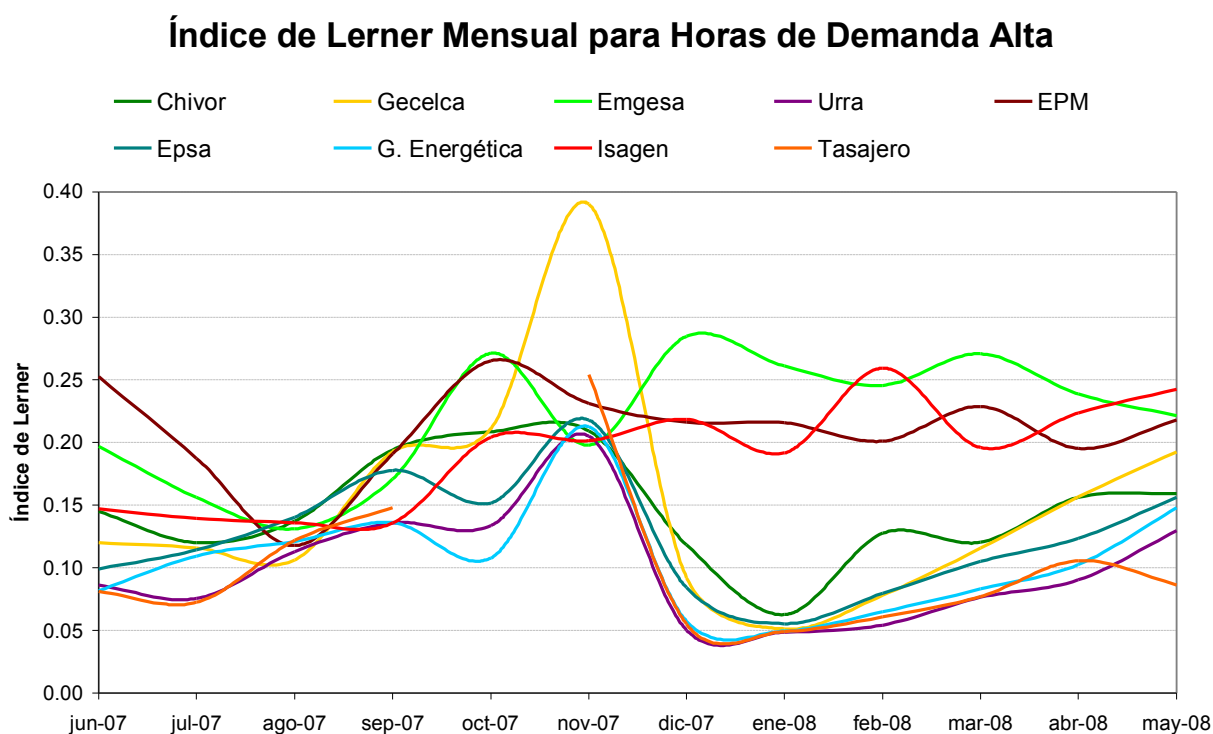


Gráfico No 8

Asociado a los cambios en la función de oferta, algunos agentes aumentaron significativamente su poder de mercado. Durante abril y mayo se presentó un aumento en el índice de Lerner para los periodos de demanda alta, llegando a valores de 24% para Isagen, 22% tanto para Emgesa como para EPM y 18% para Gecelca.

En particular, para demanda mínima, el mark – up asociado al equilibrio de oferta en Chivor se dobló pasando del 8% al 16%; en EPM del 10% al 18%, en ISA del 10% al 13%; y en G. Energética del 15% al 21%.

Este aumento en el poder de mercado puede explicar en alguna proporción el incremento de precios observado en mayo y la retoma del liderazgo en la fijación de precios de EPM e Isagen.

3.3.7 Franja Marginal de la Función de Demanda Residual

La franja marginal representa el rango de precios que puede seleccionar un generador para que su oferta sea igual al precio de bolsa en una hora dada. Se determina ubicando en la función de demanda residual, el precio correspondiente a la disponibilidad ofertada por el generador. El rango de precios comprendido entre este precio (precio mínimo) y el precio de bolsa (precio máximo) corresponde a la franja marginal.

Ahora bien, si esta franja se calcula para la hora de mínima demanda y se expresa en porcentaje (como relación precio mínimo a precio máximo de la franja), éste indica la cantidad porcentual en que podría aumentar el generador su precio de oferta (si es que sus costos operacionales se lo permiten) y aún ser seleccionado para atender la demanda mínima y por consiguiente la de las 24 horas del día.

Evolución Franja Marginal de la Función de Demanda Residual Junio de 2007 a Mayo de 2008

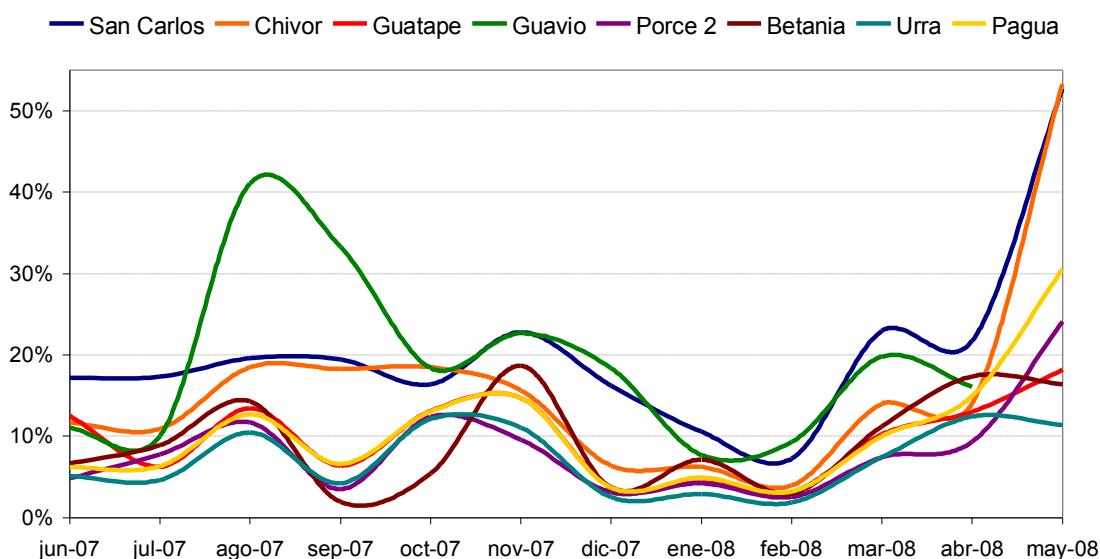


Gráfico No 9

El gráfico No 9 muestra mensualmente para cada uno de los principales generadores hidráulicos, la franja marginal en porcentaje, de la función de demanda residual, para la hora de demanda mínima en los últimos doce meses.

En el mes de mayo se presenta un crecimiento abrupto para las plantas hidráulicas San Carlos y Chivor, con valores de franja marginal de 53% que merecen atención particular; a su vez, Pagua aumenta a 31% y Porce a 24%; esto indica que ellas podrían aumentar su precio de oferta en esos porcentajes y aún ser seleccionadas para atender la demanda mínima y por consiguiente la de las 24 horas del día.

3.4 Comportamiento de Reconciliaciones

3.4.1 Costo de las Reconciliaciones Positivas y Negativas

El gráfico No 10-a presenta el costo en pesos de las reconciliaciones positivas y negativas a nivel mensual, para los últimos 48 meses, para el sistema total.

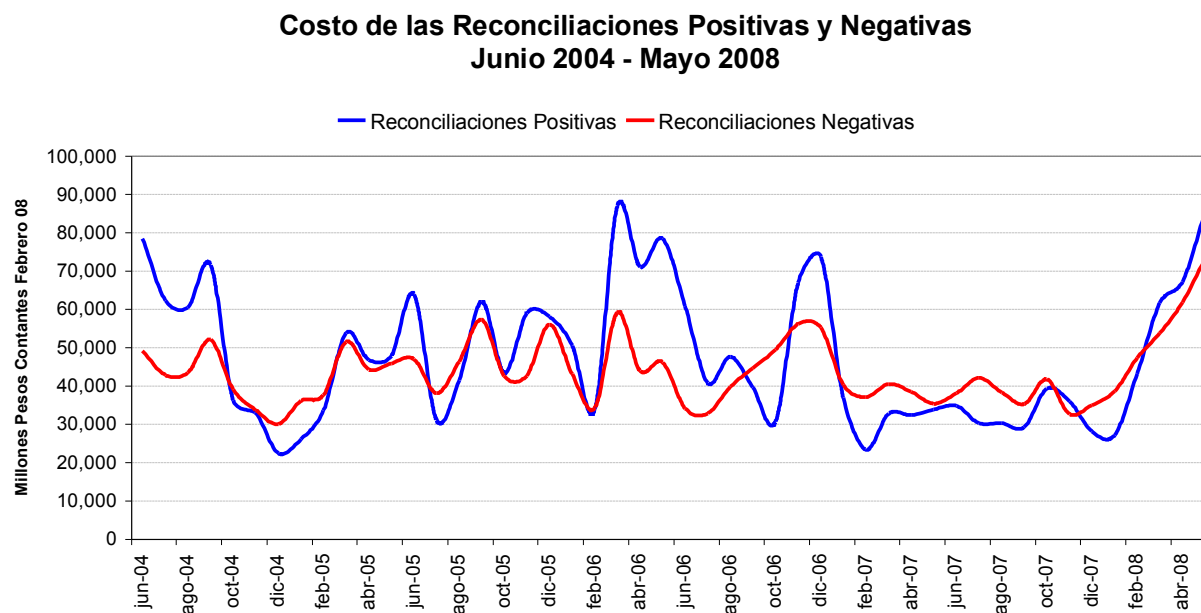


Gráfico No 10-a

Nota. El costo de la reconciliación negativa es calculado por el CSMEM como el valor de la energía no despachada por las diferentes plantas del sistema en el mes.

A partir del mes de enero de 2008 y hasta mayo, el costo total de las reconciliaciones tanto positivas como negativas ha venido incrementándose hasta alcanzar valores de 85.000 y 73.000 millones de pesos respectivamente. Este costo para las

reconciliaciones corresponde a un valor superior al que existió a finales del año 2006 antes que entrara en operación la línea UPME de 500 kV en la Costa Atlántica.

Costo de las Reconciliaciones Positivas y Negativas por Zonas Diciembre 2007 - Mayo 2008

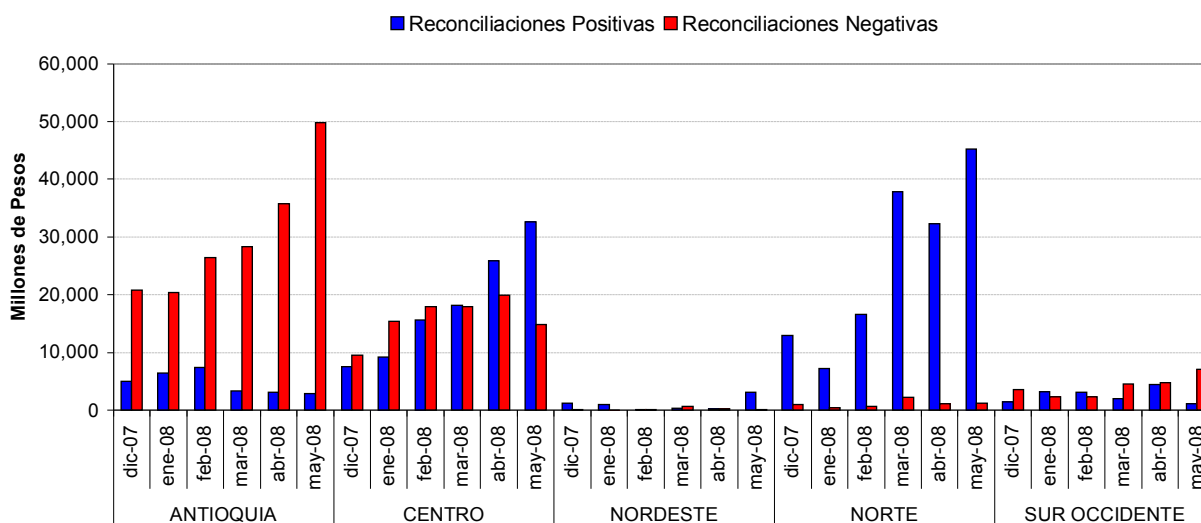


Gráfico No 10-b

El gráfico No 10-b presenta el costo en pesos de las reconciliaciones positivas y negativas a nivel mensual, para los últimos 6 meses, y para cada una de las zonas operativas del sistema interconectado.

Se observa claramente como el costo de las reconciliaciones positivas ha venido gradualmente aumentando en las zonas Norte y Centro. Similarmente, las reconciliaciones negativas tienen el mismo comportamiento en las zonas Antioquia y Centro.

En cuanto a las reconciliaciones negativas del mes de marzo, éstas se concentraron en Guatapé (zona Antioquia) y Chivor (zona Centro), con valores superiores a 17.500 y 11.000 millones de pesos respectivamente.

3.4.2 Participación de las Plantas en Reconciliaciones

Los gráficos No 11-a y 11-b presentan las plantas del SIN con las mayores participaciones en el costo de las reconciliaciones positivas y negativas a nivel mensual, para los últimos 6 meses.

Participación por Planta en el Costo de Reconciliaciones Positivas

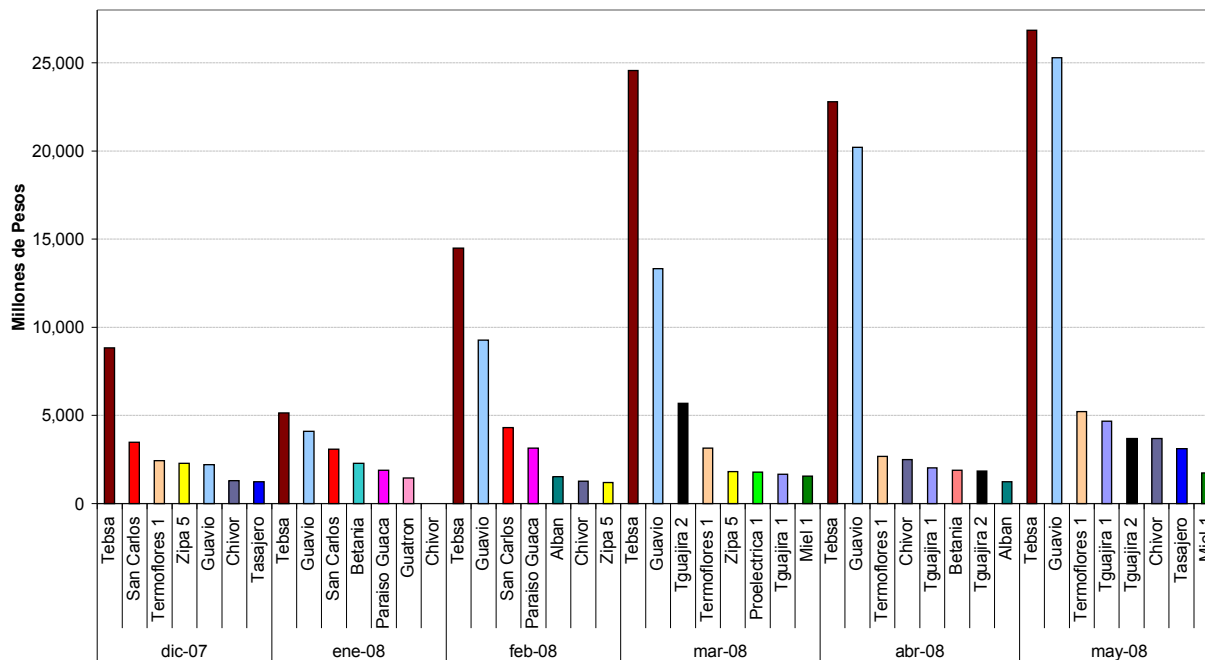


Gráfico No 11-a

Participación por Planta en el Costo de Reconciliaciones Negativas

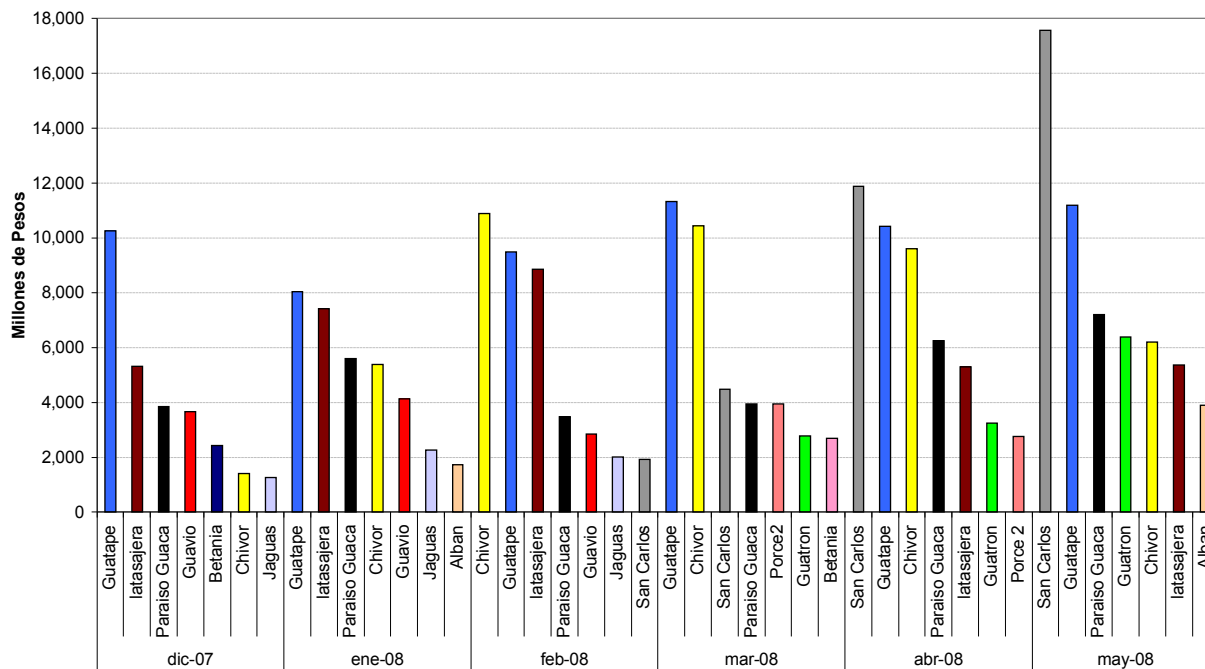


Gráfico No 11-b

En reconciliaciones positivas, merece destacarse la participación de Tebsa (zona Norte) y Guavio (zona Centro) y su crecimiento sostenido que presentan desde el mes de enero, alcanzando en mayo valores superiores a los 27.000 y 25.000 millones de pesos respectivamente.

En cuanto a la participación de las plantas en el costo de las reconciliaciones negativas, también se observa un crecimiento sostenido. En abril y mayo surge San Carlos con un costo que alcanza los 17.500, Guatapé mantiene su participación en 11.000 millones similar a la de los meses anteriores. En mayo Paraíso-Guaca y Guatron desplazan a Chivor quien en los meses anteriores tuvo una participación similar a la de Guatapé.

3.4.3 Precio Promedio Mensual de las Generaciones Fuera de Merito

El gráfico No 12 presenta, las plantas del SIN con los mayores precios promedios mensuales (\$/kWh) de las generaciones fuera de mérito, para los últimos 6 meses.

**Precio Promedio Mensual de las Generaciones Fuera de Merito
Diciembre 2007-Mayo 2008**

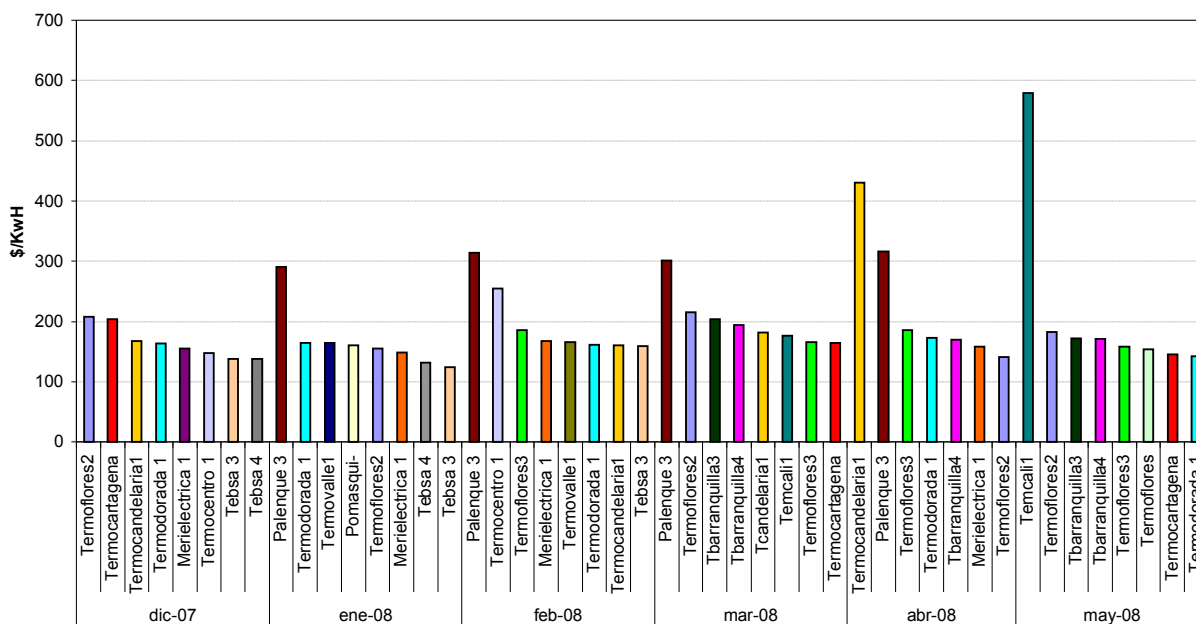


Gráfico No 12

Merece especial atención el precio de la generación fuera de mérito de \$420/kWh que ocurrió en la planta TermoCandelaria durante el mes de abril y el de TermoEncali (\$580/kWh) durante el mes de mayo de 2008.

3.5 Comportamiento de Restricciones

3.5.1 Costo Total Mensual de Restricciones

El gráfico No 13 presenta el costo total mensual en millones de pesos para las restricciones del sistema, en los últimos tres años.

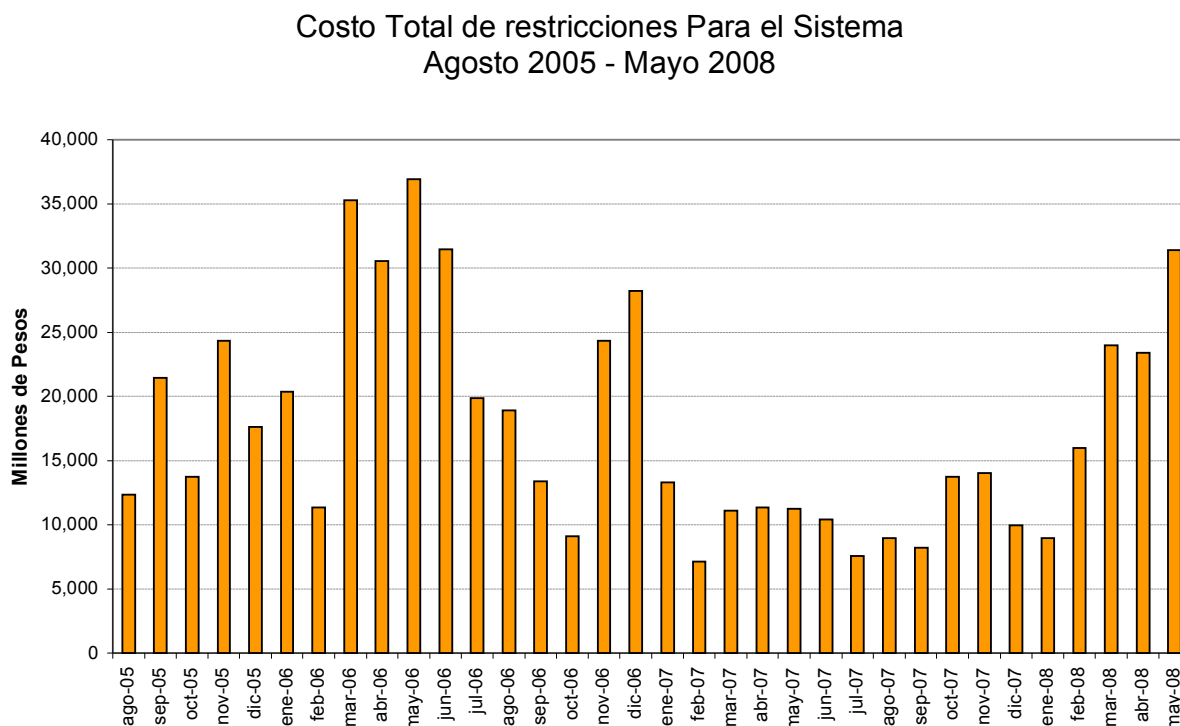


Gráfico No 13

El comportamiento del costo total de las restricciones del sistema depende del costo de las reconciliaciones positivas y negativas y en consecuencia era de esperarse que el costo mensual de restricciones también se incrementara a niveles del mismo orden al que existió a finales del año 2006, antes que entrara en operación la línea UPME de 500 kV en la Costa Atlántica.

3.5.2 Costo Total Diario de las Restricciones

El gráfico No 14 presenta el costo total diario en millones de pesos para las restricciones del sistema en los últimos 12 meses.

Costo Total Diario de Restricciones Junio 2007 - Mayo 2008

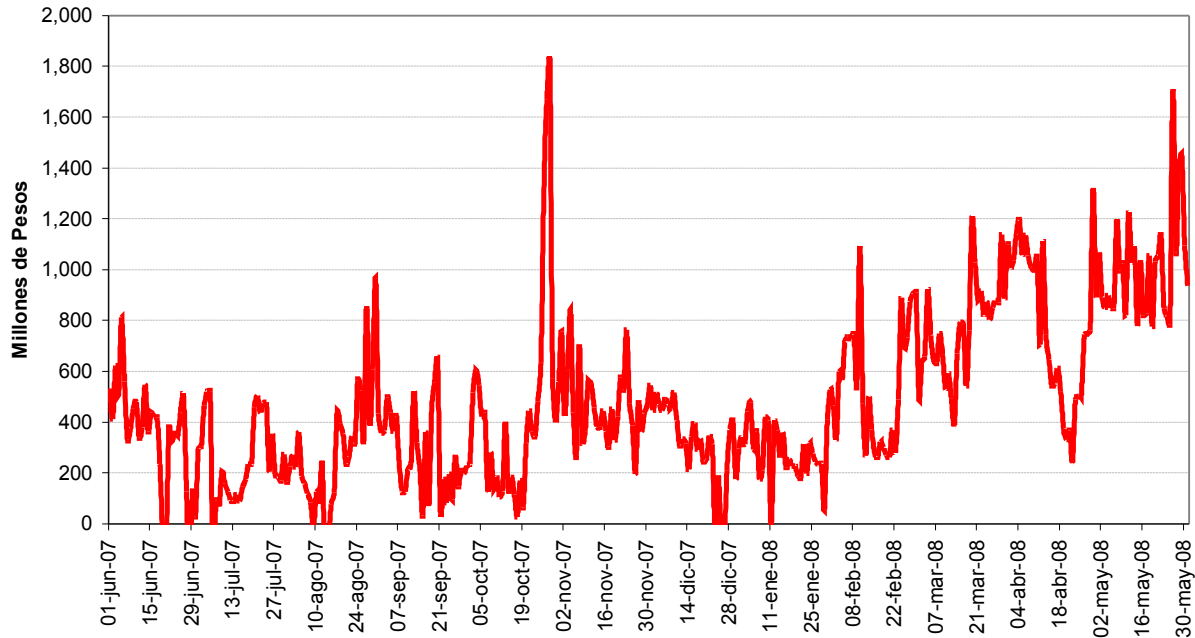


Gráfico No 14

Se observa que a partir de enero de 2008 se presenta una tendencia creciente para el costo de las restricciones diarias, alcanzando en mayo valores de 1.700 millones de pesos al día.

3.6 Servicio de Regulación Secundaria de Frecuencia

3.6.1 Precio del AGC vs Precio de Bolsa

El gráfico No 15 presenta a nivel diario, el valor promedio diario y el valor máximo horario del precio del AGC (PRAGC), y el precio promedio diario de Bolsa, en \$/kWh, para los últimos 18 meses.

Durante mayo de 2008 vuelven a presentarse precios máximos horarios del SRSF con valores de 1.800 \$/kWh, lo cual dada la persistente frecuencia de ocurrencia, amerita una revisión de la metodología para establecer el precio del servicio de regulación secundaria de frecuencia - SRSF.

PRECIO DEL AGC VS PRECIO DE BOLSA Diciembre de 2006 a Mayo de 2008

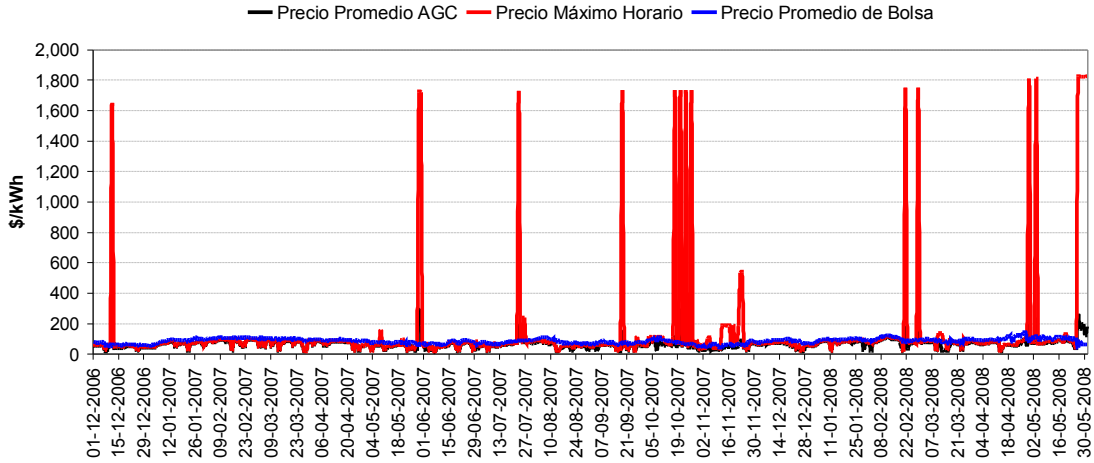


Gráfico No 15

3.6.2 Servicio de AGC por Planta

El gráfico No 16 presenta para los últimos doce meses, el valor en pesos del servicio de AGC para las cuatro plantas con mayor participación.

Plantas con el Mayor Ingreso Mensual por AGC Junio de 2007 a Mayo de 2008

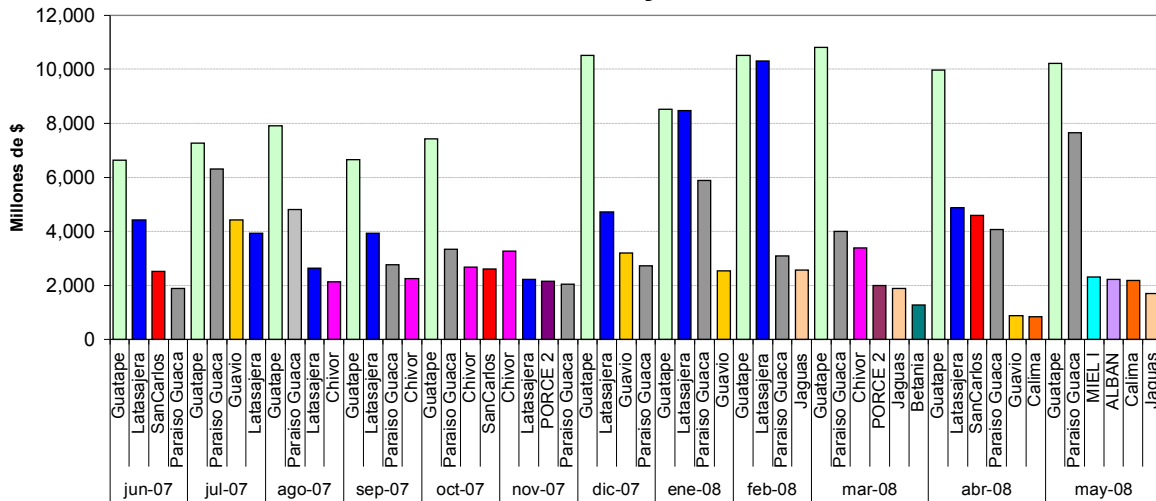


Gráfico No 16

En mayo las plantas con mayor participación en el SRSF fueron Guatapé y Paraíso-Guaca, alcanzando ingresos mayores de 10.000 y 7.800 millones de pesos respectivamente. También se observa que durante los últimos 12 meses, las plantas Guatapé, La Tasajera y Paraíso-Guaca fueron las plantas que más aportaron al SRSF.

3.6.3 Distribución del Servicio de AGC

El gráfico No 17 presenta para el último mes, y para cada planta del SRSF, el valor porcentual de la holgura (HO) programada para AGC en el mes y el valor porcentual del pago recibido por la planta con respecto al costo total del servicio del sistema en el mes.

Distribución del Servicio de AGC Mayo de 2008

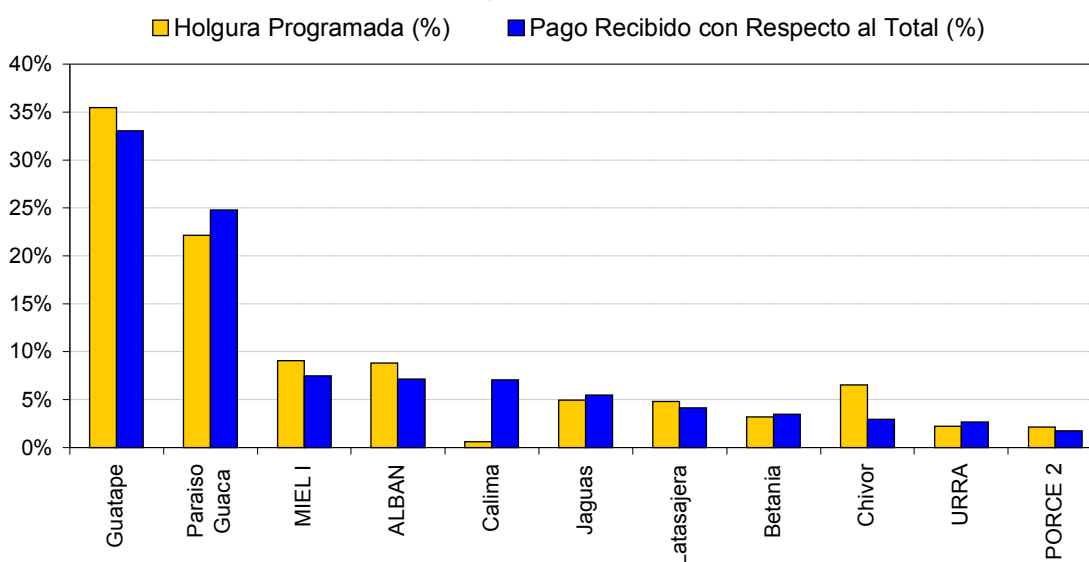


Gráfico No 17

En general las plantas que prestaron el SRSF fueron remuneradas en concordancia con la magnitud de la holgura programada. Se exceptúa del comportamiento anterior, Calima que suministró alrededor del 0.5% de la holgura total del mes y recibió por ello una remuneración cercana al 7.5% del total de los ingresos por SRSF. Esta inequidad es consecuencia de los precios de oferta exagerados que presenta la planta (ver gráfico No 15), los cuales a su vez también impactan los costos de reconciliaciones y restricciones del sistema.