

ANDEG- 002- 2024

Bogotá D.C., Enero 15 de 2024

Doctor

Omar Fredy Prías Caicedo

Director Ejecutivo

Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG

Ciudad

Asunto: Alcance a Comentarios sobre Resolución CREG 701 028 de 2023 acerca del precio de bolsa

Respetado Señor Director:

ANDEG y sus empresas afiliadas damos alcance a la comunicación ANDEG-101-23, enviada el día 27 de diciembre de 2023¹, sobre la propuesta normativa acerca de las medidas de intervención a la bolsa de energía durante el Fenómeno de El Niño².

Desde ANDEG reiteramos que esta propuesta es completamente inconveniente e inoportuna, y en este sentido, consideramos importante que se haga público el análisis de impacto normativo de la propuesta, incorporando todos los efectos en el mercado de energía del planteamiento del Regulador, tanto en el Costo Unitario de prestación del servicio por mercado de comercialización así como sobre la formación de precios de electricidad en Colombia.

El Documento Soporte que acompaña la Resolución, debe ser complementado con el análisis integral de impactos y de beneficio-costos, aún teniendo en cuenta que, dentro de las conclusiones se presenta que, si no se aplica la medida, no se presenta un aumento significativo del CU y sí se reconoce un aumento de las Restricciones³. Así las cosas, se deberá verificar cuantitativamente que los beneficios para los usuarios serían superiores a los costos de la implementación del esquema propuesto.

Por ello se requiere, primero, que se aporte el análisis completo y, segundo, que se genere el tiempo prudente para analizar el soporte necesario de esta medida, ya que los 12 días hábiles dados como plazo de comentarios, son insuficientes para el análisis de una propuesta que trata de un cambio estructural del modelo del mercado eléctrico en Colombia.

¹ Radicado MME 1-2023-063022

² https://www.andeg.org/wp-content/uploads/2023/12/101-2023_Comentarios_al_Proyecto_de_Resolucion_CREG_701_028_de_2023.pdf

³ Pág. 35- Documento Soporte 901-044 de 2023

Sugerimos que en un tiempo razonable se presente el Análisis de Impacto Normativo según la metodología del DNP y de la OCDE, tal como se presenta a continuación:

*"Las entidades deben informar, conforme con la regulación vigente, sobre aquellos proyectos de regulación que tengan por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados. También tienen incidencia aquellos proyectos que impongan conductas a empresas o consumidores o modifiquen las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo. A esto se suman aquellos actos que tengan por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para participar en el mercado, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados."*⁴

A partir de lo anteriormente expuesto, a continuación ampliamos algunos temas a considerar sobre los efectos de la medida propuesta:

1. Análisis de Abogacía de la Competencia

Desde ANDEG, consideramos fundamental que la propuesta regulatoria sea sometida al análisis de abogacía de la competencia, en los términos que se presentan a continuación:

Se tiene como fundamentos en derecho que, el artículo 333 de la Constitución Nacional-CN protege la libertad económica, no solo garantizando a los agentes económicos el acceso al mercado, sino que procura que se proteja a los usuarios, los cuales son los principales beneficiarios del sistema económico que ampara la Constitución. El Estado, en su calidad de director general de la economía, interviene (controla y regula, en especial) el proceso económico para racionalizarlo, no solo en beneficio de la libertad económica, sino también del bien común (Art. 334 CN). Intervencionismo estatal, que no es sinónimo de «dirigismo» económico y que, como todo en un Estado de derecho, supone respetar la libertad, entre ellas, la libertad económica y, por lo mismo, requiere una ley previa (Art. 150.19 CN).

Se debe resaltar que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– es la autoridad nacional en materia de protección de la competencia en Colombia (Art. 6 Ley 1340 de 2009). Sus atribuciones se ejercen en el

⁴ Tomado de: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Colombia-2016-web.pdf>

marco del régimen general de protección de la competencia presentado en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Por lo anteriormente expuesto, la abogacía de la competencia es una de las formas de protección de la libre competencia. De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, la SIC podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia de los mercados.

Por ello, en el Decreto 2897 de 2010, compilado por el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015, al reglamentar la «abogacía de la competencia», se dispuso que dentro de las autoridades que deben informar a la SIC sobre los proyectos de regulación están los ministerios. Según el Artículo 3 del mencionado decreto, un acto tiene incidencia sobre la libre competencia, con independencia de su objetivo constitucional o legal, cuando (i) tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes y/o (ii) imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados. En estos casos, deberá informarse a la SIC salvo los cinco eventos exceptuados, los cuales se encuentran en el Artículo 4.

Si bien, la decisión sobre el envío o el reporte del proyecto de acto administrativo a la SIC es del resorte de la autoridad correspondiente, es fundamental que la propuesta de la CREG sea evaluada frente a la posible incidencia del acto sobre la libre competencia con base en los esquemas adoptados por la SIC mediante Resolución 44649 de 2010, de acuerdo con lo indicado en el Artículo 5 del Decreto 2897 de 2010.

Al respecto, es adecuado señalar que en relación con los actos administrativos con fines regulatorios que pueda tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, el régimen de competencia establece que existe un deber de motivación especial relativo a la expresa constancia en la parte considerativa acerca de si se consultó o no a la SIC y si esta emitió o no un concepto al respecto.

Por lo anteriormente expuesto, **reiteramos que la CREG debe cumplir los requisitos establecidos en cuanto a la abogacía de la competencia, en el marco de informar a la SIC sobre la expedición del acto administrativo y los efectos que podría tener sobre la libre competencia en el mercado de energía en Colombia.** Esto, dado que

incluso, el Consejo de Estado, a través de Radicado 62492 de 2023, publicó la sentencia a través de la cual anuló el Decreto 570 de 2018 y las Resoluciones No. 40791 de 2018 y No. 40795 de 2018 del Ministerio de Minas y Energía de Colombia, en donde señala que estas normas **debían ser declaradas nulas pues se omitió el trámite de abogacía de la competencia que exige que los actos de regulación que limiten o afecten la libre competencia en los mercados deben tener un concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio**, trámite que no se adelantó previa y satisfactoriamente, y generó, así, un vicio en los actos expedidos, configurando, de esta forma, la causal de anulación.

Si bien existe un fundamento jurídico con respecto a la abogacía de la competencia y que este debe cumplirse dentro del trámite de expedición de la regulación que incide sobre la libre competencia, es importante recordar que la SIC ha conceptuado acerca de formación de precios en mercado de energía, por ejemplo, en el concepto con radicado 19-235290⁵, la SIC recomienda que los mecanismos que se propongan **“deben propender por una formación de precios eficiente que refleje la disposición a pagar y vender de los agentes involucrados, con el fin de garantizar una eficiencia asignativa con los beneficios que de ello se derivan sobre los usuarios y evitar ventajas competitivas injustificadas entre agentes”**.

Así mismo, en el concepto 19-137026⁶ menciona que **las propuestas regulatorias no deben presentar barreras de entrada que desemboquen en escenarios donde no se cuente con la formación de precios competitivos, que llevaría la distorsión en los precios de la energía y se afecte el bienestar de los consumidores**. Por último, el concepto 19-198764⁷ trata sobre **las condiciones de asimetría, en donde la asignación de precios puede traer condiciones asimétricas entre agentes, y en el caso de la propuesta normativa en consulta, traiga condición asimétrica a generadores térmicos que presenten ofertas por encima de los 532 \$/kWh**.

Solicitamos que la CREG, en los términos que la SIC ha expuesto en el concepto 20-119053⁸, apunte a determinar si la propuesta normativa en consulta, con algún ajuste y **respetando los derechos adquiridos, es capaz de responder la frente a las fallas del mercado**. Así mismo, la

⁵ https://www.sic.gov.co/sites/default/files/Fila%20397%2019-235290_0.pdf

⁶

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/2021/Doctrina_Abogacia_de_la_Competencia_en_Materia_de_Precios%20-%20FINAL.pdf

⁷ Idem

⁸ <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/20-119053.pdf>

SIC en el concepto mencionado, ha señalado que un mecanismo como el planteado en la resolución, que trata sobre tomar medidas preventivas y que cuando sean necesarias: ***"dicho instrumento no podrá ser utilizado sistemáticamente si de lo que se trata es de alinear a los generadores hidroeléctricos con embalse con un comportamiento conservador y averso al riesgo, fruto de su autorregulación, que garantice el adecuado funcionamiento del SIN"***.

Insistimos en que, dado que la limitación a partir de un valor fijado previo de 532 \$/kWh, como aquel valor del precio de bolsa nacional ajustado (PBNA) para realizar todas las transacciones del mercado de energía nacional, limita la participación de agentes con precios de oferta superior a este valor, con lo que se afecta a más del 70% del parque de generación térmica del país, **y se crea una barrera de entrada al mercado de energía, y de esta manera, la propuesta debe revisarse a la luz de las normas sobre promoción de la competencia.**

E incluso, se debe realizar especial énfasis en el caso de plantas térmicas con participación accionaria de la Nación, ya que la propuesta regulatoria planteada en la Resolución CREG 701028 debe abordarse desde el enfoque del efecto de la norma sobre el valor de los activos de generación e impacto sobre el patrimonio para operaciones en el mercado (CROM). Por ello, **reiteramos la solicitud de agotar instancia de la abogacía de la competencia para el proyecto normativo en consulta.**

2. Efecto sobre el Costo Unitario (Cu)

Ahora bien, revisando el comportamiento del CU durante los meses de septiembre a noviembre de 2023, en la Figura 1, se observa el promedio nacional de los componentes del Costo Unitario de Prestación del Servicio de Energía Eléctrica-CU, así como del precio de bolsa mensual promedio. Se aprecia que ante la coyuntura de precios en bolsa superiores a \$1000/kWh, las Restricciones fueron en promedio de \$0.73/kWh, con lo cual, la formación de precios en el mercado eléctrico prevé la relación entre el precio de bolsa y el costo de las restricciones desde la perspectiva de la asignación de precios a los servicios asociados a la generación en situaciones de hidrología crítica.

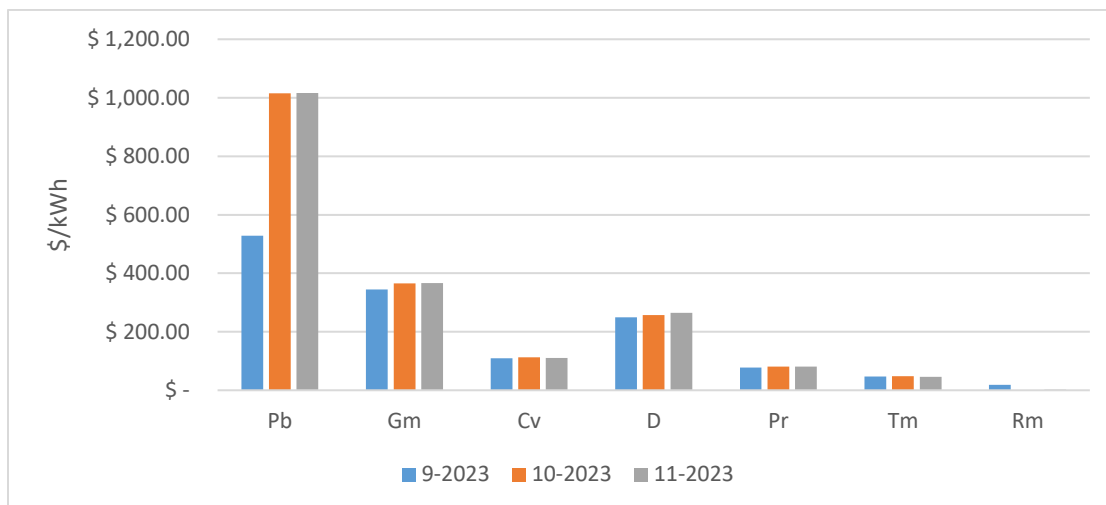


Figura 1. Comportamiento componentes CU y precio de bolsa (promedio nacional) (Fuente SSPD)

Así mismo, se debe considerar que el nivel de pérdidas en los mercados de comercialización incide en el valor que tomarán las Restricciones, por lo que un análisis por cada mercado debe realizarse para medir el impacto real de esta medida, así como los eventuales valores de Reconciliaciones Positivas, servicios de AGC, que también se incluyen en el cálculo de restricciones, y que en el caso de $PBN < PEA$, no serían despreciables.

Con la medida planteada por la CREG se tiene prevista una disminución de 60 \$/kWh vía limitación de las ofertas de los agentes térmicos frente a un aumento del costo unitario de restricciones eléctricas superior a 350 \$/ kWh. En la Figura 2, se presentan los OR-Comercializadores que presentan mayor valor en Restricciones y Pérdidas para el mes de noviembre de 2023. Si bien el promedio del componente G para estos OR es de 373 \$/kWh, el nivel de pérdidas en estos mercados es alto, por consiguiente, un aumento vía restricciones del mayor valor de la generación térmica, que se refleja de manera directa en el CU, podría llevar a un aumento del CU para estos mercados entre el 20% y 35%.

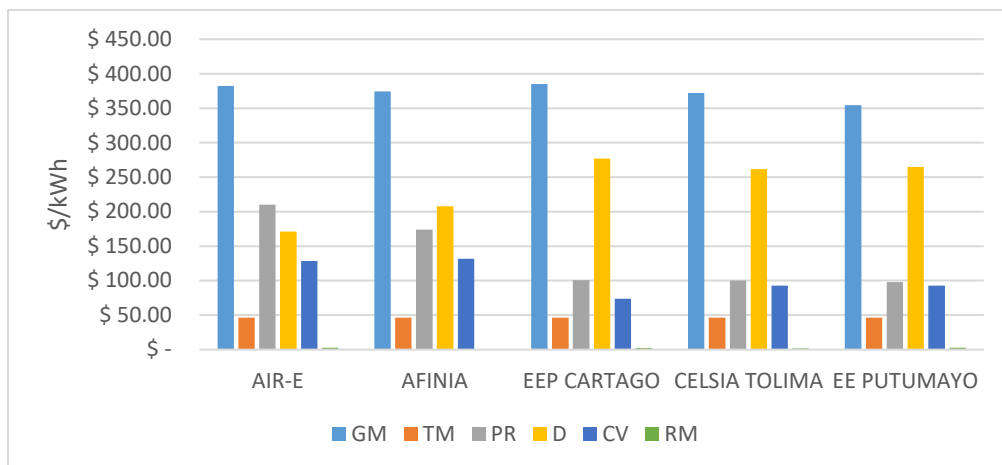


Figura 2. Componentes del CU para ciertos OR que atienden mercado regulado para el mes de noviembre 2023 (Fuente SSPD)

En adición, para el caso de los mercados de comercialización de la Costa Caribe, con la propuesta en consulta del Regulador, habría un mayor costo de las restricciones eléctricas, dado el mayor valor de las pérdidas de energía en estos mercados, pues la variable CRS (costo de restricciones y servicios asociados) de la Resolución CREG 119 de 2007 se asigna por demanda comercial que -incluye pérdidas- y si se divide por la ventas del comercializador minorista (sin pérdidas), un mayor nivel de pérdidas en el mercado de comercialización, caso AIRE o AFINIA, por aplicación tarifaria, automáticamente, refleja un mayor nivel del Costo de Restricciones, superior al costo de restricciones de referencia en el SIN.

Artículo 13. Costos por Restricciones y Servicios Asociados con Generación, ($R_{m,i}$): Los costos por restricciones y servicios asociados con generación se determinarán según la siguiente expresión:

$$R_{m,i} = \frac{CRS_{m-1,i}}{V_{m-1,i}}$$

$R_{m,i}$: Costo de Restricciones y de Servicios asociados con generación en \$/kWh asignados a Comercializador Minorista i en el mes m.

$V_{m-1,i}$: Corresponde al valor de las ventas del Comercializador Minorista i en el mes (m-1), expresado en kWh con destino a usuarios regulados y no regulados de los mercados de comercialización que atienda.

$CRS_{m-1,i}$: Costo total de restricciones expresado en pesos (\$) asignados por el ASIC al Comercializador Minorista i en el mes m-1, conforme con la regulación vigente,

A todas luces, se observa la inconveniencia de la medida desde la perspectiva de análisis beneficio/costo, cuya revisión debe incluirse en el documento soporte de la propuesta.

3. Revisión del Componente AJ

El componente AJ tiene como objetivo el ajuste del costo máximo de energía que puede originarse por compras en bolsa⁹ y se encuentra definido en la Resolución CREG 119 de 2007 como un concepto a contemplar dentro del componente de Generación (G).

El componente G ha tenido cambios, como por ejemplo, en la Resolución CREG 030 de 2018 donde se incluyeron las compras realizadas a los AGPE, y luego la Resolución CREG 129 de 2019 donde se incluyeron las compras por medio de los contratos de largo plazo de la subasta de FNCER. Finalmente, en la Resolución CREG 101 002 de 2022, se establece la expresión final para la fórmula del G, donde, además de los contratos de las SCLPE, se considera la inclusión de los otros mecanismos de comercialización de la Res. CREG 114 de 2018.

Los cambios realizados en la fórmula del G, no han sido actualizados de la misma forma para el componente AJ, en donde, el Costo Reconocido de compra de energía-CR, tiene como referencia la fórmula inicial presentada en la Resolución CREG 119 de 2007, sin tener en cuenta las diferentes actualizaciones de la fórmula del G, en especial, de la Res. CREG 101 002 de 2022, lo cual ha causado la activación del AJ en situaciones diferentes a la coyuntura del Fenómeno de El Niño, como lo han manifestado varios comercializadores a la CREG¹⁰, por lo cual, el impacto por el aumento en este componente, debe analizarse desde la perspectiva de idoneidad en la formulación del parámetro AJ.

4. Sobre la formación eficiente de precios, el principio de neutralidad tecnológica y la promoción de la competencia

A continuación, se abordará la propuesta normativa en el marco de la neutralidad tecnológica como principio para la promoción de la competencia y el aumento de la eficiencia en la formación de precios, pilares fundamentales del desarrollo del mercado eléctrico en Colombia en el contexto de la evolución normativa que se ha llevado a cabo a través de las Leyes 142 y 143 de 1994, y la Ley 1715 de 2014.

El sustento sobre el cual se ha llevado a cabo la expansión de la generación eléctrica en Colombia a partir de la neutralidad, entendida como que “todas las plantas son tratadas de la misma forma” , se deriva

⁹ Tomado de: https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/resolucion_creg_0119_2007.htm#8

¹⁰ Conceptos que se encuentran en los siguientes enlaces:

https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/concepto_creg_0002693_2022.htm

https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/concepto_creg_0007083_2020.htm

de los artículos (i) 3, numeral 3.9, de la Ley 142 de 1994, el cual exige que no se auspicie ningún trato discriminatorio en la prestación de los servicios ; y (ii) 6 de la Ley 143 de 1994, que promueve la incorporación de los avances de la ciencia y de la tecnología que aporten mayor calidad y eficiencia en la prestación del servicio al menor costo económico y que obliga a la correcta asignación y utilización de recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico, razón por la cual, las autoridades deben asegurar que, en todo caso, se garantice el criterio de eficiencia económica estipulado en el numeral 87.1 de la Ley 142 de 1994.

No obstante, consideramos que la propuesta normativa que pretende intervenir el precio de bolsa de energía eléctrica debe tener como fundamento la sana competencia, en el sentido de lo señalado por el h. Consejo de Estado, *"... la actividad de regulación exige del cumplimiento de distintas condiciones: una postura neutral frente al juego económico..."*.

En estos términos, si por la forma como está presentada la propuesta normativa con respecto al tratamiento de agentes hidráulicos y térmicos para la asignación de precios de bolsa puede dar lugar a una interpretación restrictiva, recomendamos respetuosamente prescindir de la mención de una tecnología, y se preserve el esquema actual de la determinación de los precios de bolsa. **Consideramos que fijar el precio de bolsa en \$532, es contrario al objetivo de promoción de la competencia y aumento de la eficiencia en la formación de precios.**

En el contexto anterior, observamos que la propuesta normativa trae condiciones asimétricas para los generadores, lo cual va en contravía de la neutralidad tecnológica, por lo cual, es fundamental el rol de la regulación económica para asegurar un marco normativo prospectivo, acorde al avance tecnológico y de los nuevos modelos de negocio en la industria eléctrica , en donde se preserven los principios de universalización y acceso a la electricidad, eficiencia económica, promoción de la competencia y sostenibilidad del mercado de energía eléctrica, entre otros.

5. Señales de Inversión-estabilidad jurídica

Reiteramos que la propuesta normativa viola el artículo 83 de la Constitución Política colombiana, dado que, los principios de buena fe y confianza legítima se afectan ante el cambio de reglas en el precio de bolsa de la energía, en los términos de lo manifestado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos sobre tratamiento de la

inversión de empresas. Estos principios -la buena fe y la confianza legítima- se constituyen en la base de las últimas decisiones de inexecutable de la Honorable la Corte Constitucional en temas de inversión, desde la perspectiva de mitigar cambios súbitos e imprevistos de las condiciones fundamentales de las actividades económicas¹¹.

De igual forma, en la sentencia C-384 de 2023, sobre las Zonas Francas, la Corte Constitucional indicó: “**el cambio normativo introducido por las disposiciones atacadas implicó una modificación radical del esquema de incentivos y requisitos para el acceso a la tarifa preferencial en materia de renta**, sorprendiendo a los usuarios y lesionando con ello los principios constitucionales mencionados, al cambiar el régimen de beneficio en materia de renta por otro completamente diferente”¹² (Negrilla fuera del texto), lo cual, si se extrapola al caso del mercado de energía eléctrica con lo planteado en la Resolución CREG 701028 de 2023, a todas luces la presente propuesta implica un cambio radical en el esquema de participación de los agentes en la bolsa de energía.

También reiteramos que la Honorable Corte Constitucional declaró como inexecutable los decretos que pretendían emitir normas excepcionales para el Departamento de la Guajira, argumentado, en parte, que se hacían necesarias para mitigar los efectos del Fenómeno del Niño. **Así, no es a lugar usar la existencia de este fenómeno por parte de la CREG como causa suficiente para modificar abruptamente normas existentes.**

6. Disponibilidad de recursos de generación

Consideramos relevante que la propuesta se revise a la luz de la disponibilidad de los recursos de generación que se requieren para la generación de energía eléctrica en el marco de las necesidades de energía para enfrentar el Fenómeno de El Niño.

Creemos que la señal de precio presentada en la propuesta normativa asociada a un valor fijado previo de 532 \$/kWh, como aquel valor del precio de bolsa nacional ajustado (PBNA) para realizar todas las transacciones del mercado de energía nacional, puede no ser acorde a la

¹¹ <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2035%20Octubre%202%20de%202023.pdf>

[https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/11001-03-15-000-2020-01742-00\(CA\)_20201215.htm](https://gestornormativo.creg.gov.co/gestor/entorno/docs/11001-03-15-000-2020-01742-00(CA)_20201215.htm)

¹² <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/COMUNICADO%2036%20-%20Octubre%202%20de%202023.pdf>

señal de riesgo de algunos agentes, con lo cual, se limitaría la disponibilidad de los recursos, especialmente hidráulicos, para la atención de la demanda.

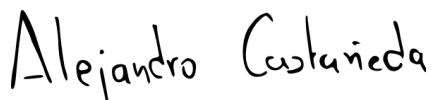
Una gran limitación de los recursos hidráulicos, reconociendo que al día de hoy, el parque térmico no puede abastecer el 100% de la demanda de energía eléctrica, puede llegar a comprometer el abastecimiento energético durante el Fenómeno de "El Niño".

En el contexto anterior, **respetuosamente reiteramos la solicitud a la Comisión que se archive la propuesta en consulta, dados los cambios en las reglas de juego y respecto a las señales de expansión en la generación eléctrica en Colombia, y posteriormente, en el marco del desarrollo de la agenda regulatoria del 2024, se continúe con la discusión para establecer propuestas acordes con las disposiciones legales que rigen con la función regulatoria.**

Por último, desde ANDEG continuaremos haciendo propuestas que contribuyan al desarrollo del mercado eléctrico en Colombia en el contexto de preservar el marco institucional y asegurar la sostenibilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica del país.

Sin otro particular, nos es grato suscribirnos del Señor Director con sentimientos de consideración y aprecio.

Cordialmente,



Alejandro Castañeda Cuervo

Director Ejecutivo

Copia:

Dr. Gustavo Petro Urrego, Presidente de la República de Colombia
Dr. Omar Andrés Camacho Morales, Ministro de Minas y Energía
Dr. Ricardo Bonilla González, Ministro de Hacienda y Crédito Público
Dr. Germán Umaña Mendoza, Ministro de Comercio, Industria y Turismo
Dra. María Nohemí Arboleda, Gerente General de XM S.A. E.S.P.
Dr. Jorge Iván González, Director Departamento Nacional de Planeación
Dr. Dagoberto Quiroga, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios
Dra. María Paula Arenas, Superintendente de Industria y Comercio (E)
Dr. Carlos Mario Zuluaga, Contralor General de la República
Dr. Margarita Cabello Blanco, Procuradora General de la Nación