

Bogotá D.C., Marzo 20 de 2024

Doctor
Omar Andrés Camacho Morales
Ministro
Ministerio de Minas y Energía
Ciudad

Asunto: Comentarios sobre el proyecto de Decreto que plantea políticas y lineamientos para la eficiencia tarifaria en el sector energético

Respetado Señor Ministro:

Desde ANDEG insistimos en el acompañamiento dado al Ministerio de Minas y Energía en la construcción de las diferentes propuestas normativas en consulta y valoramos la publicación de la propuesta de Decreto: *"Por el cual se adiciona el Decreto 1073 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, y se establecen políticas y lineamientos para la eficiencia tarifaria en el sector energético"* el día 5 de marzo, en materia de políticas y lineamientos para la eficiencia en tarifas del sector de energía eléctrica.

En ese contexto, si bien destacamos el liderazgo del Ministerio a través de acciones para preservar el esquema de prestación del servicio a través de una mayor competitividad en las tarifas, consideramos innecesarias e inoportunas las medidas contempladas en el Decreto, en los términos del comunicado 063 de la Contraloría General de la República¹, en donde se menciona su inconveniencia por tratarse de lineamientos que ya se encuentran en cabeza de la CREG, SSPD y XM, quienes los vienen adelantando y que: *"Las Decisiones ordenadas en el proyecto establecen plazos para comenzar su ejecución de entre tres y seis meses, lo que se puede interpretar como procrastinación frente a decisiones que ya debieron estar adelantadas por parte del Gobierno Nacional"*²

En adición, luego de los análisis realizados a la propuesta normativa contenida en el texto del Decreto, en donde se abordan temas asociados para toda la cadena de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, resaltamos que el Ministerio prevea que los lineamientos y planteamientos presentados sean desarrollados en el contexto del esquema institucional definido en las Leyes 142 y 143 de 1994, esto es, que sea la CREG, a partir de la agenda regulatoria, la entidad que evalúe, desarrolle e implemente las directrices de política energética que se derivarían del Decreto, lo cual, consideramos que debe ser consistente con los lineamientos de la OCDE en

¹ Publicado en: <https://www.contraloria.gov.co/es/w/000-la-cgr-logr%C3%B3-resarcimiento-de-un-da%C3%B1o-patrimonial-por-2.750-millones-por-apropiaci%C3%B3n-de-recursos-destinados-a-viviendas-de-inter%C3%A9s-social-rural-visr-en-4-departamentos?linktype=1>

² Tomado de (1)

materia de análisis e impacto normativo en la etapa temprana de emisión de las normas, como herramienta dirigida a fortalecer la confianza, efectividad y transparencia de la normatividad, en el mediano y largo plazo), tal como lo señala el Documento CONPES 3816 de 2014.

Resaltamos lo anterior, dado que la memoria justificativa del texto borrador del Decreto no profundiza en el análisis de impacto regulatorio de las propuestas planteadas, con lo cual, es adecuado que el Ministerio de Minas y Energía de alcance a la propuesta normativa a partir de un análisis técnico de *"...los resultados deseados como los impactos probables positivos y negativos que se generan por la propuesta..."* (Decreto 1595 de 2015).

A continuación, presentamos las observaciones al proyecto de Decreto en consulta:

1. Acerca de la expedición de la fórmula tarifaria

Desde ANDEG, consideramos que lo contenido en el Artículo 1 del proyecto de Decreto publicado por el Ministerio de Minas y Energía ya se encuentra en las leyes vigentes (Ley 142 de 1994, modificada por la Ley 2099 de 2021), en donde claramente se establecen los criterios que deben cumplir las fórmulas tarifarias en el Artículo 87, no únicamente para el servicio de energía eléctrica sino también de los otros servicios públicos esenciales.

En ese sentido, las fórmulas actuales deben cumplir con dichos criterios definidos por el marco normativo. Ahora bien, el periodo de la metodología tarifaria se encuentra definido en la ley 142, en el Artículo 126 y que *"Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas"*³, por lo cual, ya en la legislación se encuentran las disposiciones que deben cumplir las Comisiones. De igual manera, al especificar que la CREG pueda cambiar a su criterio aspectos de las metodologías tarifarias, se debe tener en cuenta que ya estos criterios se encuentran por Ley establecidos (Artículo 87 de la Ley 142), por tanto, no se aporta ninguna nueva indicación, tal como lo expresó la Contraloría en el comunicado mencionado anteriormente.

Por ello, desde ANDEG reiteramos que se tenga una CREG funcional para que cumpla con las funciones dadas en la Ley; de esta manera, menciona el comunicado de la Contraloría que *"(...) hace un llamado a que se active la institucionalidad, se designen los miembros de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, para que puedan cumplir con sus funciones y competencias, lo anterior incluye la posibilidad de expedir una nueva fórmula tarifaria "dentro el año siguiente de la fecha de terminación de la vigencia de cualquiera de los componentes de la fórmula" vigente"*.

En el contexto anterior, ANDEG considera que la emisión de normas de política pública es competencia del Ministerio de Minas y Energía, y que estas deben ser

³ Tomado de: Ley 142 de 1994

orientadas a coadyuvar en la estructuración de soluciones de largo plazo para los posibles problemas que impiden una adecuada prestación del servicio eléctrico a los usuarios del país, en el marco de la institucionalidad sectorial y la arquitectura del mercado. Sin embargo, nuevamente en este caso, es nuestro deber advertir que el Ministerio no tiene competencia para emitir la norma sujeta de consulta a la luz de lo definido en la sentencia del Consejo de Estado mediante Auto Interlocutorio de fecha 16 de junio de 2023.

Finalmente, la propuesta acerca de “unificación de tarifas de transportes de energéticos” genera muchas dudas, en el sentido que no se establece claramente a qué tipos de energéticos se hace referencia y el objetivo de la implementación de dicha medida, que tampoco se menciona en la Memoria Justificativa.

2. Acerca de la divulgación en la información

En los sectores de energía y gas se cuentan con plataformas de información de acceso público en cuanto a la información del sector, administrados tanto por XM (SINERGOX, SIMEM) como por el Gestor del Mercado de Gas Natural, e incluso, por la misma Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con el SUI. Por ello, consideramos inoportuna la medida contenida en el Artículo 2, en donde no es claro qué tipo de información se pretende hacer pública, que la misma información publicada por los operadores de mercado y/o gestores del mercado sea publicada en cada página web de las empresas, lo cual, generaría reprocesos y multiplicidad de información.

Así mismo, se debe considerar la confidencialidad de la información, en tanto existe información sensible que no es sujeta de publicidad y que puede afectar la competencia, en este caso, en los sectores de energía y gas natural, incluso, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución CREG 080 de 2019, donde se menciona: *“con respecto a la regulación asociada al manejo de la información por parte de quienes prestan los servicios, la OCDE expone en el documento “Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law” que una mayor transparencia del mercado puede beneficiar directamente a los consumidores al tiempo que produce eficiencias para las empresas involucradas, lo cual resulta en un incremento en el bienestar de los consumidores. **Este mismo documento señala que el intercambio de información entre competidores, dependiendo de la sensibilidad de la misma, puede llevar a resultados anticompetitivos coordinados o no coordinados.**”* (Negrilla fuera del texto) y que ya esta misma Resolución tiene los lineamientos acerca de la divulgación de la información.

3. Sobre el cambio en el esquema del Cargo por Confiabilidad y los criterios de expansión del SIN

El esquema del Cargo por Confiabilidad en la actualidad, regulado mediante la Resolución CREG 071 de 2006, reconoce el aporte de las diferentes tecnologías

de generación a la confiabilidad en el SIN a partir de la energía firme que puede entregar cada recurso en condiciones de hidrología crítica que pudiese afectar el abastecimiento de energía eléctrica, caso de las plantas de generación a partir de fuentes renovables no convencionales (FNCER), así:

"...en el mecanismo del Cargo por Confiabilidad, CxC, remunera las FNCER de acuerdo con su energía firme para el Cargo por Confiabilidad, ENFICC...." CONCEPTO 2390 DE 2017.

De otro lado, resaltamos que para el periodo 2027-2028, las plantas térmicas, cuya participación en las Obligaciones de Energía Firme (OEF) será del 46% del total asignado, continuarán siendo el respaldo y soporte para la confiabilidad de los colombianos, y especialmente, para asegurar la estabilidad del sistema frente a la inserción gradual de recursos renovables no convencionales de generación intermitente, caso de las plantas solares, en el contexto de los objetivos de la transición energética.

Con base en lo anterior, consideramos que la intención de privilegiar tecnologías a través del cambio de condiciones del Cargo por Confiabilidad y/o a través de criterios de expansión en la generación de la UPME, van en contravía de lo dispuesto en la Ley 143 de 1994, desde la perspectiva de la energía firme que requiere el sistema para cumplir con los requerimientos de **"calidad, confiabilidad y seguridad"** que establece el Artículo 12 de la Ley 143 de 1994, así como la oferta eficiente para asegurar la **"capacidad de generación de respaldo"**, en los términos del Artículo 23 de la mencionada Ley.

Así mismo, consideramos que el análisis de impacto regulatorio de la propuesta de modificación del esquema del Cargo por Confiabilidad debe tener en cuenta, por ejemplo, las implicaciones con respecto a modificar el esquema de asignación de la OEF en el contexto del balance energético (Obligaciones de Energía en Firme vs Proyecciones de demanda) en el mercado de energía mayorista en Colombia, teniendo en cuenta la realidad de atraso de la mayoría de los proyectos de generación próximos a iniciar compromisos de entrega de energía, y que, la tasa de éxito de los proyectos FNCER ha sido menor al 50%.

Al respecto, vemos relevante que el Ministerio evalúe la propuesta a la luz de un eventual retraso de proyectos con asignación de Cargo por Confiabilidad, pues bajo la iniciativa propuesta en donde se podría llegar a privilegiar FNCER, algunas plantas existentes, especialmente plantas térmicas pueden verse afectadas desde la perspectiva de la predictibilidad de ingreso de largo plazo, en adición, a que no es claro cómo sería el nuevo esquema de asignación de Obligaciones de Energía Firme, lo que puede implicar una sub-remuneración respecto a la confiabilidad aportada al sistema por parte de plantas térmicas, lo cual, afecta los planes de inversión establecidos por los agentes térmicos, enfocados en su mayoría en modernización, actualización tecnológica y eficiencia en los procesos de generación, incluso los proyectos de expansión de capacidad de plantas existentes.

En adición, si el Gobierno Nacional no considera la participación de plantas térmicas en el largo plazo, se motivaría una salida anticipada del mercado de

plantas que son fundamentales ante una situación de hidrología crítica, retraso de proyectos de expansión, y/o de estrechez en la oferta de energía en firme.

Con respecto a la propuesta de realizar subastas de productos propios por cada tipo de fuente, con enfoque territorial, debe revisarse cómo se articula esta propuesta de enfoque territorial si no existe aún en el país una modernización del mercado de energía mayorista donde se remuneren los servicios complementarios, necesarios para la materialización de dicha propuesta. Con lo anterior, antes de avanzar en propuestas de este tipo que a todas luces desconocen el funcionamiento del mercado eléctrico, solicitamos respetuosamente que se avance en la agenda regulatoria establecida por la CREG en relación con la modernización del mercado a través de la Resolución CREG 143 de 2021.

Aunado a lo anterior, debido a la baja capacidad de energía en firme aportada por plantas FNCER, en especial las solares debido a sus características, y debido al cambio de criterios en la expansión del sistema en donde se pueda llegar a privilegiar cierto tipo de tecnologías, se puede correr el riesgo de sobreinstalación del sistema, en donde, se espera que a 2027 entren en operación cerca de 7000 MW de este tipo de fuentes intermitentes, lo cual, podría llegar a representar una inversión de 10 mil millones de dólares en donde el usuario final sería quien asuma los mayores costos, de una tecnología, en este caso, que aporta muy poca energía firme al mercado de confiabilidad, tal como lo señaló la Contraloría General de la República con los resultados de la reciente subasta de expansión del Cargo por Confiabilidad: *"(...) preocupa que esos cerca de 4.500 megavatios, en realidad no produzcan más allá de 15 Gigavatios hora - día. El 99% de la energía asignada es solar y el restante 1% térmica y, por ejemplo, no se evidencian planes de almacenamiento de energía con baterías para aprovechar y maximizar esta producción que se puede llegar a tener.."*⁴, lo que incluso, consideramos que debería revisarse a la luz del "Pacto por la Justicia Tarifaria" desde el enfoque de competitividad de las tarifas, y desde la perspectiva del cumplimiento de los objetivos de la Ley 143 de 1994 en cuanto a confiabilidad del suministro de energía en el SIN.

Finalmente, las funciones de la UPME en cuanto a la expansión de la Generación se encuentran definidas en la Ley 143 de 1994, en donde esta se da de forma indicativa de acuerdo con lo que los inversionistas interesados deseen implementar en el país, y es una actividad de libre competencia. Al presentar una propuesta que determine criterios de expansión teniendo en cuenta ciertas tecnologías sobre otras, se desconoce lo establecido en el Artículo 12 de la Ley 143 de 1994, en donde todas las tecnologías deben considerarse para la complementariedad y la flexibilidad que debe tener el SIN para la incorporación de fuentes intermitentes de energía eléctrica.

⁴ <https://www.contraloria.gov.co/es/w/040-contralor%C3%ADa-general-expresa-preocupaciones-sobre-futuro-energ%C3%A9tico-tras-la-%C3%BAltima-subasta-de-cargo-por-confiabilidad?linktype=1>

4. La competencia para regular lo relacionado con el esquema de Cargo por Confiabilidad es de la CREG.

En los considerandos de la norma sujeta de comentarios se menciona la Resolución CREG 071 de 2006, que regula lo correspondiente al Cargo por Confiabilidad. Con este aparte, primero, se concluye que es claro que la propuesta de norma trata una figura que se reconoce reguló previamente la CREG y, segundo, resulta controvertible jurídicamente que el MME entienda que tiene competencia para modificar una norma que dispuso una autoridad distinta, y en este caso, la CREG explícitamente dispone de capacidad jurídica para emitirla.

El acto administrativo reseña una serie de competencias que le asisten, pero, no describe que la figura que se atiende es de orden regulatorio la cual se estructuró considerando que la Comisión de Regulación de Energía y Gas tiene la facultad legal de establecer la metodología del Cargo por Confiabilidad, de conformidad con lo señalado en la Ley 143 de 1994. Esta norma separa de manera clara las funciones del MME de las de la CREG. Además, el MME con la propuesta asume que es superior jerárquico de la CREG y que ello le permite modificar una norma que expidió una entidad sujeta de su subordinación, lo cual es errado. Conviene, al respecto, invocar las consideraciones que le asistieron al Consejo de Estado -Sección Primera- quien mediante Auto Interlocutorio de fecha 16 de junio de 2023 confirmó un auto suplicado que decretó la suspensión provisional de los efectos del Decreto 227 de 16 de febrero de 2023. En esta providencia se menciona que:

"84. A manera de conclusión, el Despacho reitera que la función de regulación del régimen tarifario de los servicios públicos fue asignada directa y expresamente al legislador en los artículos 150, 365, 367 y 48 transitorio de la Constitución Política y este, a su vez, asignó dicho componente de regulación a las comisiones de regulación, por lo que no se encuentra ajustado a dichas normas superiores el hecho consistente en que el Presidente de la República pretenda asumir competencias que, por virtud de los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1993 y 20 y 23 de la Ley 143 de 1994, no son de su resorte, en tanto le fueron atribuidas por el legislador directamente a la CREG y a la CRA."

Así, si la función de regulación, según la providencia anterior, no es posible que la reasuma el Presidente de la República, tampoco le es posible hacerlo a otra Autoridad Administrativa, en el caso del Ministerio de Minas y Energía. En la práctica, la norma sujeta de comentarios reasume una función de regulación para modificar el esquema del Cargo por Confiabilidad, que es una figura de creación legal y con desarrollo regulatorio según se desprende de la ley 143 de 1994. Esto, es posible interpretarlo como un desconocimiento por parte de una Autoridad Administrativa de una decisión judicial en firme. Nuestro comentario no tiene como propósito que se interprete que las disposiciones relacionadas con el Cargo por Confiabilidad son inmutables en el tiempo, pues, lo que tratamos de argumentar es que si hay razones de orden regulatorio que ameriten hacer un ajuste se deben tramitar dentro del procedimiento que se

sigue en la CREG, la cual, sobra advertir, la preside el MME. Ahora bien, es conocido la dificultad que a la fecha presenta la CREG para la adopción de decisiones, pero, este hecho tampoco habilita a otra entidad pública para reasumir o sustituir las funciones que se deben tomar al interior de la CREG.

Es relevante destacar que para garantizar el balance energético en el mediano plazo y debido a la gran expectativa en la entrada de FNCER, debe ser prioridad para el Ministerio de Minas y Energía, antes que establecer propuestas regulatorias a modificar el esquema de expansión del Cargo por Confiabilidad, avanzar en los aspectos que se señalan a continuación, de tal forma de asegurar logros concretos del Gobierno de Cambio en materia de transición energética:

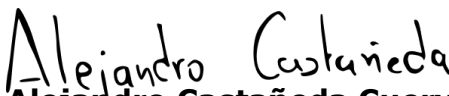
- 1) asegurar las obras de infraestructura de transmisión para permitir la entrada en operación de estos proyectos, por lo cual es fundamental la mesa PINES que lidera el Ministerio de Minas y Energía,
- 2) profundizar en la regulación para la modernización del mercado mayorista de energía – Resolución CREG 143 de 2021- de manera que se remuneren los servicios de flexibilidad en el SIN y se complete el esquema de funcionamiento del mercado spot de energía.

Así mismo, reiteramos la solicitud que el Ministerio de Minas y Energía publique el Análisis de Impacto Económico y de Impacto Regulatorio, en el marco de las mejores prácticas regulatorias de la OCDE, en donde el Ministerio presente los beneficios esperados de los esquemas propuestos y sugerimos que se convoque un taller en donde los gremios, empresas, y usuarios puedan presentar la visión frente a las propuestas planteadas, tal como manifestamos en la Comunicación ANDEG-030-24.

Finalmente, reiteramos la importancia de publicar propuestas normativas en el marco de la construcción de la Transición Energética Justa, gradual y segura, que contengan el análisis de impacto normativo acorde a las prácticas de la OCDE, y en especial, solicitamos que propuestas como las planteadas en el Decreto en consulta que plantean cambios en el funcionamiento del mercado, lleven a cabo análisis del derecho a la competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

Cordialmente,


Alejandro Castañeda Cuervo
Director Ejecutivo

Copia:

Dr. Omar Prias, Director Ejecutivo Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG
Dr. Juan Carlos Bedoya, Jefe de la Oficina de Asuntos Regulatorios y Empresariales, MME