

Bogotá D.C., Julio 3 de 2023

Doctor

José Fernando Prada

Director Ejecutivo

Comisión De Regulación de Energía y Gas-CREG

Ciudad

Asunto: Comentarios a la propuesta contenida en la Resolución CREG 701008 de 2023 sobre integración vertical

Respetado Señor Director:

ANDEG y sus empresas afiliadas presentamos a continuación comentarios para la propuesta normativa sometida a consulta por parte de la Comisión el día 2 de mayo.

Se resalta el esfuerzo de la Comisión por emitir normas que generen un mejor ambiente comercial para la realización de las transacciones de energía. En ese sentido nuestros comentarios no se deben interpretar como una solicitud para disminuir el esfuerzo de la CREG, sino, por el contrario, es una petición para que se revise la profundidad de las medidas, para que aplique un tratamiento diferencial según las características de cada actividad y para que se pondere el alcance de la competencia de la CREG para emitir este tipo de proyectos de norma.

Es relevante que la CREG considere que la buena fe con la cual las empresas generadoras prestan el servicio eléctrico se debe presumir y, si hay elementos que permitan inferir que sus actuaciones no están ajustadas a la regulación, hay instancias para verificarlo. Lo que no es admisible es que para evitar posibles infracciones se altere los principios constitucionales de la buena fe y el debido proceso.

El artículo 25 de la norma propone la realización de un programa de cumplimiento de la regulación para agentes integrados verticalmente y, para ello, propone los siguientes lineamientos:

"i) Tener un enfoque en el usuario del servicio público para evitar cualquier tipo de práctica que pudiera ir contra su bienestar o sus intereses.

ii) Realizar una identificación, evaluación y priorización formal de los riesgos de incumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

iii) Establecer medidas de mitigación de los riesgos identificados en el ordinal anterior.

iv) Garantizar el compromiso y apoyo verificable por parte de los cargos directivos y administrativos de la empresa, con la implementación y mejora continua del programa de cumplimiento.

v) Garantizar la adecuada divulgación y apropiación del programa entre los empleados, funcionarios, contratistas o cualquier tipo de personal vinculado por el agente integrado verticalmente para el desarrollo de sus actividades dentro de la cadena de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

vi) Incluir mecanismos verificables para el control y el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente resolución.

vii) Contar con mecanismos de seguimiento y evaluación para la mejora continua del programa y su adaptación oportuna a los cambios que se produzcan al interior o en el entorno del agente integrado verticalmente.”

Previo al comentario puntual para este aparte se precisa nuevamente que ANDEG no desconoce la existencia de posibles riesgos que deben gestionarse, lo que resulta particular es que no se pondere que hay actividades y situaciones que ameritan un enfoque mas riguroso que otros. Por ejemplo, si la intención es preservar la independencia del transmisor es razonable que se emitan disposiciones especiales para las empresas que desarrollan esta actividad y, con mayor razón, cuando el Operador del Mercado esta integrado con el transmisor y éste a su vez es controlado accionariamente por el mayor productor de gas en Colombia. Este tipo de situaciones claramente ameritan una valoración de riesgos y una actuación precisa y rigurosa.

En todas las actividades descritas en el proyecto de norma es válido realizar el análisis, pero, en algunas, el resultado puede ser que no se configuren riesgos que ameriten la implementación de un programa. Es claro que para llegar a esta conclusión se debe demostrar la realización del ejercicio y si la CREG lo solicita se debe aportar, pero, si los agentes concluyen que sus actuaciones se enmarcan dentro de los objetivos de la propuesta normativa de la CREG, es excesivo e innecesario adelantar el programa propuesto. Se reafirma que las actuaciones de las empresas se rigen por la buena fe que se debe presumir en sus actuaciones y si la Comisión conoce riesgos debe exhibirlos y, con base en esa información, es posible comentar la medida propuesta.

Es claro, como la indica la ley 142 de 1994 y los considerandos de la norma propuesta que las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas están prohibidas según se desprende del artículo 34 de la Ley 142 de 1994 y, como consecuencia de ello, se deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados y abstenerse de toda practica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o restringir en forma indebida la competencia. Lo que sucede es que para que una actuación se configure como una infracción de competencia se debe demostrar dentro de un procedimiento. Es particular que se proponga una norma que, pareciera, asume que las empresas están orientadas a ese tipo de actuaciones y para solventarlo propone una norma preventiva que desconoce la buena fe y el debido proceso.

Según se desprende de lo propuesto en el primer artículo de la norma el objetivo es establecer reglas de carácter general que mitiguen los conflictos de intereses que pueden derivarse de la integración vertical de actividades en la cadena de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica. El comentario, para este caso, es que se deben considerar los siguientes aspectos:

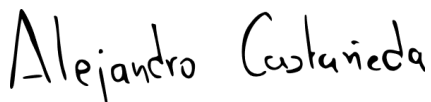
- Como claramente la norma lo señala la integración empresarial es válida
- Una integración no genera per se un conflicto.

Si la CREG tiene reparos sobre las reglas sustanciales de integración empresarial la vía para disipar esta preocupación es ajustar sus normas (requisitos, porcentajes de participación, etc.) y si conoce posibles conflictos, el mecanismo aplicable es una investigación. Lo que a nuestro juicio poco aporta en el objetivo de lograr un mejor ambiente regulatorio es que no haya credibilidad en las normas, ni en las actuaciones de las empresas, lo cual desdibuja el principio fundamental de la confianza legítima que debe mediar en la función pública.

Mención especial merece el análisis del Artículo 14.25 de la ley 142 de 1994 el cual señala que las actividades de generación y comercialización son complementarias. Esta previsión legal es útil para que se considere que hay actividades que están integradas verticalmente como consecuencia de una decisión empresarial dentro del marco legal y regulatorio y, otras, se ejecutan de manera combinada como un desarrollo de la complementariedad regulada por la ley. Claro es que el ejercicio de las dos situaciones puede configurar conflictos o riesgos los cuales pueden ser tratados regulatoriamente, sin embargo, nuestra observación es la dosificación en el tratamiento regulatorio que cada situación implica.

El proyecto de norma es escaso en el análisis de valoración de riesgos y posibles conflictos según el tipo de actividad y, por el contrario, emite un mismo tratamiento para todos. Así, nuestra solicitud principal es que la CREG pondere de manera separada cada actividad y, según el resultado de ese análisis, se emitan disposiciones que consideren la buena fe y la confianza en el efecto que producen las normas de competencia vigentes.

Cordialmente,



Alejandro Castañeda Cuervo
Director Ejecutivo