

Bogotá D.C., Octubre 09 de 2023

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

Asunto: Comentarios al proyecto de Resolución sobre la suspensión del procedimiento de limitación de suministro

Respetado Señor Ministro:

ANDEG y sus empresas afiliadas presentan a continuación comentarios para la propuesta normativa sometida a consulta por parte del Ministerio el día 9 de octubre: *"Por la cual se adoptan medidas para darle continuidad a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica durante el periodo de baja hidrología y eminente llegada del Fenómeno del Niño"*.

Se comienza este aparte indicando que ANDEG considera que le asiste competencia al Ministerio de Minas y Energía para emitir normas de política pública orientada a coadyuvar en la estructuración de una solución para los posibles problemas que impiden una adecuada prestación del servicio eléctrico a los usuarios del país. Sin embargo, en este caso y con el debido respeto que nos produce las autoridades energéticas, es nuestro deber advertir que el Ministerio no tiene competencia para emitir la norma sujeta de consulta y, además, con su expedición se agrava la situación de los diferentes agentes que transan electricidad en el mercado, se desnaturaliza la regulación que emite la CREG, se agrega un problema para los usuarios finales que pueden verse afectados con medidas que a mediano plazo producirán efectos nocivos como posibles desabastecimientos e inhibición en la inversión necesaria para atender la creciente demanda eléctrica.

Unido a lo anterior no se cumple con los procedimientos para la expedición de las normas que necesariamente deben comentarse con un lapso razonable de tiempo y que configuran "actos administrativos complejos", se resalta que el problema que atiende la norma en consulta no se configura como un hecho sobreviniente o súbito, pues, es un hecho notorio y así lo han hecho evidente diferentes comunicaciones que informan sobre la configuración de un problema que se originó hace algunos años. Las razones que sustentan lo anterior se resumen de la siguiente manera, no sin antes informar que nos reservamos el derecho de aportar consideraciones adicionales teniendo en cuenta que, a juicio del Ministerio, solo se dispone de horas para comentar una norma con profundas implicaciones en el mercado eléctrico.

1. La competencia para regular el procedimiento de Limitación de Suministro es de la CREG.

En los considerandos de la norma sujeta de comentarios se menciona la Resolución CREG 116 de 1998, norma que regula la Limitación del Suministro eléctrico a comercializadores y/o distribuidores morosos. 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 dejar sin efectos temporales una norma que emite una autoridad distinta, con funciones distintas y que 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 el Reglamento de operación, el cual incluye los principios, criterios y procedimientos para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica, 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 dejar sin efectos una norma que expidió una entidad sujeta de su subordinación, lo cual es errado.

Conviene en este caso y con el mayor respeto posible 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."* Hemos resaltado

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 la práctica la norma sujeta de comentarios reasume una función de regulación para dejar sin efectos el programa de Limitación de Suministro 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 el programa de Limitación de Suministro es una figura inmutable 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.

Parte de la motivación de la norma sujeta de comentarios indica que: "*bajo este contexto, el Ministerio de Minas y Energía considera necesario establecer disposiciones normativas transitorias en materia de los mecanismos de Limitación de Suministro, con el fin de mejorar la disponibilidad de capital de trabajo y el flujo de caja de los comercializadores que atienden a usuarios finales, y así facilitar el cumplimiento de sus obligaciones con el mercado y garantizar la continuidad del servicio público domiciliario de energía eléctrica a los usuarios*". Sobre el particular es oportuno indicar que la norma detalla un hecho, pero omite explicar las razones que soportan el problema de "flujo de caja". Si retomamos los antecedentes del problema estos no se relacionan con la actividad de generación ni tampoco se originan en un comportamiento de un agente generador del mercado. Por lo cual resulta exótico que quien no origina un problema termine asumiendo la totalidad de un riesgo que no le es posible gestionar. Así, la norma adolece de la competencia que habilita a quien la suscribe para expedirla y además es errónea en la motivación que contiene

De conformidad con el Artículo 42 de la ley 143 de 1994 las ventas de electricidad a usuarios finales regulados serán retribuidas "*sin excepción*" y esta obligación está inmersa en el Reglamento de Operación que la CREG regula de según se desprende del Literal i) del Artículo 23 de la ley 143 de 1994. Este reglamento contiene, entre otros, el Programa de Limitación de Suministro, la obligación de los agentes de suscribir contratos de mandato y un procedimiento que da origen a Actos Administrativos Complejos que incluye las funciones que sigue el CNO. Todo lo anterior se desconoce con la propuesta.

Según lo expresa la misma Comisión en su Resolución CREG 116 de 1998 el Programa de Limitación de Suministro tiene como objetivo : "*Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha considerado necesario reglamentar la adopción de programas de limitación de suministro a los comercializadores y/o distribuidores **morosos** que participan en el mercado mayorista de energía, por cuanto dicha conducta pone en **peligro** la adecuada prestación del servicio de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional*" Hemos resaltado. Según se interpreta en la norma propuesta, el MME concluye lo opuesto, es decir: la existencia del programa de Limitación de Suministro pone en peligro la prestación del servicio eléctrico, esto, al menos, amerita que se explique la razón del cambio de parecer.

También conviene que se tenga presente que la norma sujeta de comentarios desconoce y altera otras disposiciones de orden legal como lo es el Código de Comercio. En los últimos considerandos de la Resolución CREG 116 de 1998 se regula que el contrato de suministro de energía está sujeto a la regulación que para el efecto expida la CREG y que el artículo 972 del Código de Comercio determina la forma de terminación de los contratos de suministro. En la práctica que no sea posible limitar el suministro a un moroso implica que el MME

desconoce y suspende el derecho legal que tiene una de las partes de un contrato.

La norma propuesta se sustenta en los Artículos 1 y 2 del Decreto 381 de 2012 el cual define que es función del MME *"formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas del Sector de Minas y Energía; y como funciones, entre otras, articular la formulación, adopción e implementación de la política pública del sector administrativo de minas y energía..."*. Esto no presenta vinculación alguna con la propuesta de norma: una cosa es coordinar, articular etc., y otra y bien distinta, es la de sustituir, revocar o suspender una norma de una entidad pública distinta como lo es la CREG. En gracia de discusión, si el MME tuviese la competencia para suspender el programa de Limitación de Suministro también la hubiese tenido para expedirlo desde su nacimiento.

Para concluir este aparte surge un interrogante para el cual la propuesta de norma no tiene respuesta. Como la norma propuesta suspende los efectos de la Limitación de Suministro lo cual implica la obligación de suministrar energía incluso en momentos de mora y como esta es esta una transacción bilateral: ¿El MME es quien garantizará que el pago, en todo caso, se hará efectivo?

2. Efectos de la medida en el mercado eléctrico.

Con la propuesta normativa planteada por el Ministerio, si bien la intención es solucionar una problemática asociada a algunos comercializadores, se estaría llevando al sistema eléctrico hacia una "espiral de la muerte" en la medida en que si los comercializadores no aseguran el pago de sus obligaciones de corto plazo con el SIN, las plantas térmicas materializarían un riesgo de insolvencia financiera para atender los compromisos con los proveedores de combustible, debido a que la medida planteada por el Ministerio afecta el flujo de caja de las empresas de generación al permitirle a los comercializadores incumplir con los compromisos adquiridos para el pago de las obligaciones con el mercado eléctrico.

En adición, vale la pena mencionar que la medida propuesta por el Ministerio no soluciona lo expuesto por XM en su informe recientemente publicado en relación con el riesgo de limitación de suministro que enfrentan algunos agentes comercializadores, y en cambio, el mecanismo planteado acelera la condición de riesgo para el resto de agentes de la cadena de prestación del servicio, dado que no se garantiza el flujo continuo de recursos para financiar la operación normal en el SIN, y especialmente, dada la condición de precios actuales del mercado que reflejan la escasez del recurso de generación por la condición del Fenómeno de El Niño.

Así las cosas, resulta de especial preocupación para esta Asociación, que la suspensión transitoria del procedimiento de limitación de suministro, se está "premiando" a los comercializadores que con anterioridad no realizaron las gestiones para asegurar la cobertura en contratos, y así, minimizar la exposición

a la bolsa de energía frente a las variaciones por condiciones de hidrología ante presencia del Fenómeno de “El Niño”.

De hecho, observamos con preocupación, que frente a la condición de diferimiento del 20% de las obligaciones con el ASIC y el LAC por parte de los comercializadores con dificultad de capital de trabajo, algunos de ellos han planteado la suscripción de acuerdos de pago por la totalidad de las transacciones en bolsa, con lo que el valor en riesgo del sistema pasaría de 100 mil millones a 500 mil millones de pesos mensuales, con lo que las empresas AIR-E Y AFINIA, por ejemplo, estarían poniendo en riesgo el capital de trabajo de las plantas térmicas, al comprometer recursos a mayo de 2024 por encima de 3 billones de pesos, con lo que se produce una presión muy alta en el flujo de caja de las generadoras térmicas, lo que podría poner en riesgo el cumplimiento de los compromisos del Cargo por Confiabilidad, justamente para el momento de exigencia las obligaciones de energía firme, durante periodos de baja hidrología.

En este sentido, solicitamos que el Gobierno Nacional, previo a la suspensión de una medida de orden comercial y resultante de un contrato de suministro, elabore una solución estructural para asegurar la prestación del servicio de aquellos agentes comercializadores con mayor riesgo de impago de sus obligaciones frente al mercado eléctrico, como lo demuestran las estadísticas de agentes que se acogieron a la medida del diferimiento de las obligaciones del ASIC y LAC, caso especialmente de AIR-E SAS ESP. De esta manera, consideramos que la Nación, frente a la alternativa de suspender el procedimiento de Limitación de Suministro, debe establecer los mecanismos para garantizar las transacciones en bolsa, y así, mitigar el riesgo sistémico para la cadena eléctrica durante el Fenómeno de El Niño.

Por lo anterior, sugerimos que se evalúe por parte del Gobierno Nacional la definición de medidas que mitiguen el riesgo inminente de inviabilidad financiera y consecuente falta de garantías para dar continuidad en la prestación del servicio, por parte de aquellos agentes comercializadores que incumplan sus obligaciones con el mercado eléctrico, en los términos de los numerales 1 y 7 del Artículo 59 de la Ley 142 de 1994.

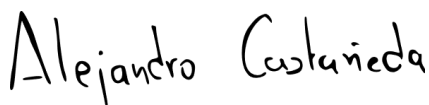
Por último, reiteramos la **inconveniencia de la medida propuesta de suspender el procedimiento de limitación de suministro en el contexto de operación del mercado eléctrico bajo el marco normativo vigente**, y particularmente, teniendo en cuenta la coyuntura actual relacionada con baja hidrología, soportado en la declaración por parte de Agencias meteorológicas internacionales de la llegada del Fenómeno de El Niño¹, el aumento de la generación térmica desde mayo a octubre como se muestra en la Figura 1 del Anexo y el aumento de la generación en mérito de la térmica como se muestra

¹ <http://www.bom.gov.au/climate/enso/> y https://www.cpc.ncep.noaa.gov/products/analysis_monitoring/lanina/enso_evolution-status-fcsts-web.pdf

en la Figura 2 del Anexo, por lo cual, se requerirá hacia los próximos meses mayor generación térmica que permita asegurar el balance de energía, con lo que es fundamental que los comercializadores garanticen las compras de energía en la bolsa, con lo que se asegure el pago de sus compromisos frente al SIN, y por ende, los generadores térmicos dispongan del flujo de caja para financiar los compromisos financieros con proveedores respecto al pago de los combustibles para generación, caso del del carbón, gas natural y combustibles líquidos.

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

Cordialmente,



Alejandro Castañeda Cuervo

Director Ejecutivo

Copia:

Dr. Gustavo Petro Urrego, Presidente de la República de Colombia
Dr. Ricardo Bonilla González, Ministro de Hacienda y Crédito Público
Dr. Jorge Iván González, Director Departamento Nacional de Planeación
Dr. Dagoberto Quiroga, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios
Dr. Carlos Mario Zuluaga, Contralor General de la República
Dr. Margarita Cabello Blanco, Procuradora General de la Nación
Dr. José Fernando Prada, Director Ejecutivo, CREG

Anexo: Lo anunciado

ANEXO

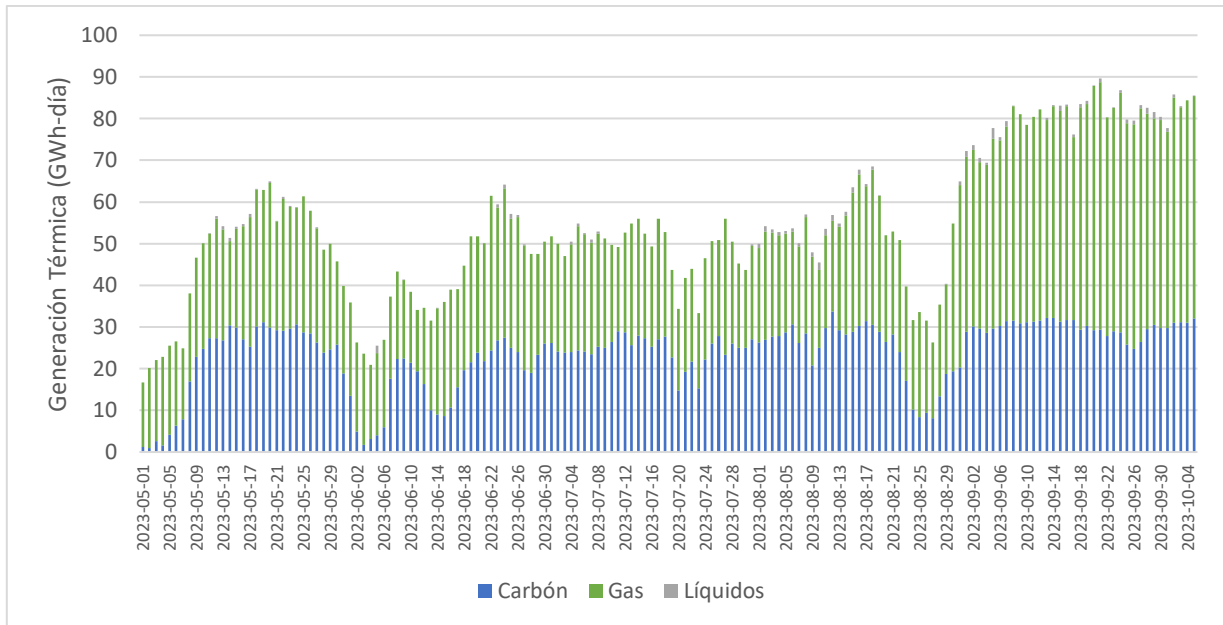


Figura 1. Generación térmica en GWh-día desde el mes de mayo 2023 a octubre 2023-Fuente: XM

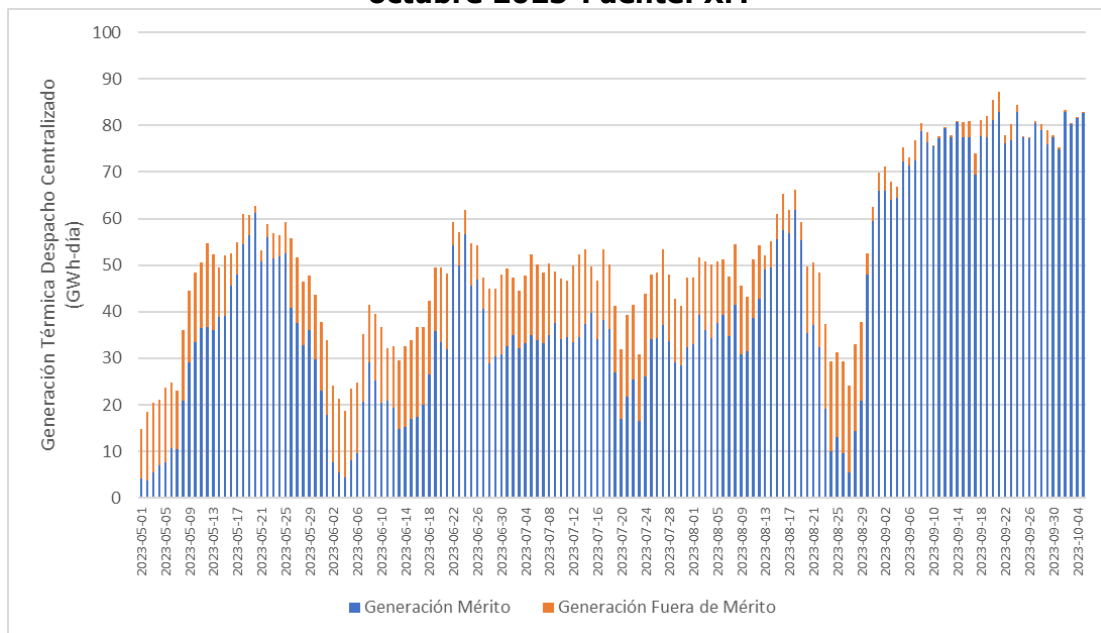


Figura 2. Generación térmica en Mérito y Fuera de Mérito, mayo a octubre 2023- Fuente: XM