

Bogotá D.C., Octubre 27 de 2023

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

Asunto: Comentarios a la propuesta normativa sobre alivios a proyectos de generación y baterías ante el Fenómeno de El Niño

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 26 de octubre: *"Por el cual se adoptan medidas de carácter transitorio para otorgar alivios a los proyectos de generación, cogeneración, autogeneración con contratos de suministro de energía y almacenamiento de energía con baterías, ante la inminente llegada del Fenómeno de El Niño y se adoptan otras disposiciones"*.

En primera medida, agradecemos que el Ministerio haya publicado a consulta la el proyecto de decreto, sin embargo, consideramos que el plazo al cual se ha sometido a consulta resulta insuficiente para revisar a profundidad las implicaciones de las propuestas contenidas. Adicionalmente, se solicita la publicación del documento soporte con los Análisis de Impacto Económico, en el marco de las mejores prácticas regulatorias de la OCDE, en donde el Ministerio presente los beneficios esperados de los esquemas propuestos.

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 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, y además, con su expedición se agrava la situación de riesgo de déficit de balance energético, se desnaturaliza la regulación que emite la CREG y se "relajan" los compromisos de agentes del mercado eléctrico que adquirieron obligaciones con el mercado eléctrico en el marco de las reglas definidas por el Ministerio de Minas y Energía y la Comisión de Regulación de Energía y gas, incluso, bajo esquemas de competencia como lo son las subastas de contratos de largo plazo, con lo cual, solicitamos que este

proyecto de Decreto sea revisado por la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC previo a la publicación de la norma definitiva.

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, como aduce el decreto en relación con la coyuntura del Fenómeno de El Niño, y así las cosas, el retraso de proyectos de FNCER es un hecho notorio y así lo han hecho evidente diferentes comunicaciones que informan sobre la configuración del problema de retrasos de la entrada de proyectos FNCER que se ha originado desde hace algunos años, incluso con la declaratoria de nulidad del Decreto 570 de 2018 por parte del Consejo de Estado¹. 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 3 días para comentar una norma con implicaciones sobre el trámite de conexión de proyectos en el Sistema Interconectado Nacional.

1. La competencia para regular lo relacionado con FPO y garantías es de la CREG.

En los considerandos de la norma sujeta de comentarios se mencionan las Resoluciones CREG 107 de 2019, CREG 186 de 2021 y CREG 075 de 2021, normas que regulan lo relacionado con las garantías de las SCLPE y condiciones de conexión al SIN. 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 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 el Código de conexión que está incluido en el Código de Redes y que hace parte del Reglamento de Operación del SIN, 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 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

¹ Sección tercera del consejo de estado (Radicado 62492)

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 la práctica la norma sujeta de comentarios reasume una función de regulación para cambiar aspectos relacionados con las garantías y cambios en la Fecha de Puesta en Operación de los proyectos, 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 garantías y FPO son figuras 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.

Finalmente, 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.

2. Efectos de la medida en el mercado eléctrico.

Observamos que la propuesta no resuelve en el corto plazo la problemática asociada con la coyuntura de Fenómeno de El Niño, por cuanto el retraso de proyectos de FNCER es una condición que no es producto de la situación de hidrología crítica. La problemática asociada al retraso de proyectos debe resolverse de manera estructural teniendo en cuenta las complejidades asociadas a la obtención de permisos ambientales y de otra índole, y las situaciones sociales que han impedido la ejecución de dichos proyectos.

En el contexto anterior, consideramos importante que no se cambien las reglas de juego para dichos proyectos, en el marco de lo dispuesto en el artículo 85 de

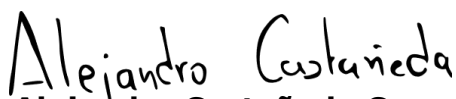
la Ley 143 de 1994, incluso, para los proyectos que fueron adjudicados mediante convocatorias públicas, caso de los proyectos de almacenamiento con baterías, que fueron asignados bajo unas condiciones y que los riesgos asociados debieron ser administrados por los ejecutores.

Por otro lado, solicitamos una revisión integral del esquema de asignación de puntos de conexión, regulado mediante la Resolución CREG 075 de 2021, a la luz de lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 143 de 1994, que establece: *"Las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan"*; lo anterior, en el contexto de la descentralización de los trámites que tratan los lineamientos de la transición energética justa, y en el contexto de las disposiciones que se establecen para que sean los transmisores y distribuidores los que otorguen los puntos de conexión al SIN.

Finalmente, sea esta la oportunidad para reiterar lo indicado por la Asociación, en el sentido que, frente a la coyuntura del Fenómeno de El Niño y en el contexto de la participación de la demanda en el mercado eléctrico y la dinamización de la oferta de generación para asegurar el balance energético de corto plazo, solicitamos que desde la regulación se den incentivos para que, plantas menores, cogeneradores y autogeneradores puedan entregar excedentes a la red, con lo que la definición de la señal de precio a la oferta es fundamental como incentivo y así exista un interés cierto en suministrar dicha energía para atender la coyuntura del Fenómeno de El Niño en caso de ser necesario, esto es, permitir la participación en bolsa de esos agentes y que se les remunere a través de incentivos de participación que reflejen las condiciones del mercado eléctrico.

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

Cordialmente,


Alejandro Castañeda Cuervo
Director Ejecutivo

Copia:

Dr. José Fernando Prada, Director Ejecutivo, CREG
Dr. Carlos Adrián Correa, Director General, UPME