

Bogotá D.C.

1007

Doctor
DIEGO MESA PUYO
Ministro
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
larboleda@minenergia.gov.co
Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 20-380101- -2-0	FECHA: 2020-10-21 19:34:18
DEP: 1007 GRUPO DE TRABAJO DE ABOGACÍA DE LA C	EVE: SIN EVENTO
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA	FOLIOS: 11
ACT: 440 RESPUESTA	

Asunto: Radicación: 20-380101- -2-0
Trámite: 396
Actuación: 440
Folios: 11

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 Ley 1340 de 2009) frente al proyecto de Resolución “Por la cual se establecen los lineamientos de política pública para la asignación de capacidad de transporte a generadores en el Sistema Interconectado Nacional” (en adelante el “**Proyecto**”).

Respetado Ministro:

1

En respuesta a la comunicación del asunto, radicada por el Ministerio de Minas y Energía (en adelante el “**Minenergía**”) el pasado 13 de octubre de 2020, esta Superintendencia rinde concepto de abogacía de la competencia sobre el Proyecto de la referencia en los siguientes términos: primero, se describirá el fundamento legal de la función de abogacía de la competencia; segundo, se expondrán los antecedentes normativos así como las razones de expedición del presente Proyecto; tercero se describirá el articulado del Proyecto en los términos en los que lo entiende esta Superintendencia; cuarto, se llevará a cabo el respectivo análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica y finalmente, se formularán algunas recomendaciones.

1. FUNCIÓN DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA:

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019:

"(...) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que pretendan expedir El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se



apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta" (subrayado fuera de texto).

En este sentido, y de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 2897 de 2010, que reglamenta la figura de abogacía de la competencia, se entiende que un acto administrativo con fines regulatorios puede tener incidencia sobre los mercados cuando:

- “1. Tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o
2. 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”.

De igual manera, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó el efecto jurídico que podría tener, sobre un acto administrativo proferido por una autoridad de regulación, el incumplimiento de la obligación de solicitar concepto de abogacía de la competencia en los siguientes términos:

“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación el no remitir un proyecto regulatorio a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” (subrayado fuera de texto).

2

Adicionalmente, es importante mencionar que los conceptos de abogacía cumplen labores preventivas de protección a la libre competencia. El Consejo de Estado ha indicado que el objeto de abogacía de la competencia es que el Estado no obstaculice las dinámicas del mercado con su actividad regulatoria. También pretende evitar que a través de actuaciones normativas se generen externalidades negativas o se incremente el costo social de la regulación. La abogacía de la competencia no interfiere en la autonomía de los reguladores, ni su objetivo es sugerir medidas regulatorias. Dentro de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra la de formular recomendaciones pertinentes al Proyecto analizado y, en todo caso, el regulador mantiene la decisión final de expedir el acto administrativo acogiendo o no las recomendaciones de esta Superintendencia, en este último caso exponiendo las razones por las cuales se aparta.

Finalmente, el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015 indicó la obligación de las autoridades de regulación de dejar constancia del trámite de abogacía de la competencia en la parte considerativa del acto administrativo con posible incidencia en la libre competencia económica, así como consignar expresamente si consultó a la Superintendencia y si esta entidad emitió recomendaciones o no.



2. ANTECEDENTES NORMATIVOS:

Con el objeto de plantear el marco regulatorio que cubre el mercado de asignación de la capacidad de transporte de energía en Colombia, a continuación, se exponen los antecedentes del Proyecto bajo estudio.

2.1. Ley 143 de 1994¹

El artículo 2 de la Ley 143 de 1994 establece las funciones de regulación, planeación, coordinación y seguimiento del servicio público de electricidad a cargo del Minenergía. Esta entidad, a su vez, es la encargada de definir los criterios para el aprovechamiento económico de las fuentes de energía, fomentando el manejo y uso eficiente y sostenible de los recursos energéticos del país.

A su turno, el artículo 3, dispone las funciones del Estado con relación al servicio público de electricidad, dentro de las cuales se destaca promover la promoción de la libre competencia en las actividades del sector, regular en aquellos eventos en los que la libre competencia no garantice la prestación eficiente del servicio, proteger los derechos de los usuarios, garantizar la cobertura del servicio a todos los estratos y regiones del país, otorgar subsidios a estratos I, II y III y realizar la planeación y gestión de aspectos ambientales en las actividades del sector.

El artículo 4 menciona los objetivos del servicio público de electricidad, entre los que se encuentra el abastecimiento de la demanda, por medio de una operación eficiente, segura y confiable, y el manteniendo de las instalaciones asociadas a la operación con observancia de niveles de calidad y seguridad, preservando así la integridad del medio ambiente y de las personas. Todos estos objetivos deben ser alcanzados bajo criterios económicos y de viabilidad financiera que garanticen el uso racional y eficiente de los recursos energéticos del país.

Por su parte, el artículo 5 establece como servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Estas actividades, de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la relacionada Ley, se regirán por los principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

Adicionalmente, el artículo 17 establece en su párrafo que será la Unidad de Planeación Minero-Energética (en adelante “UPME”) quien elaborará los Planes de Expansión del Sistema Interconectado Nacional.

A su turno, el artículo 18 dispone como competencia del Minenergía la definición de los planes de expansión de la generación de energía y de la red de interconexión, así como la fijación de criterios para orientar el planteamiento de la transmisión y distribución. Los mencionados planes tendrán como objetivo la optimización de los recursos energéticos para garantizar la satisfacción de la demanda nacional de electricidad.

¹ “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.”

De conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la mencionada Ley, dentro de las obligaciones que deben cumplir los interesados en acceder a una conexión a la red nacional de interconexión², se encuentran: (i) el cumplimiento de las normas técnicas expedidas por el Minenergía, (ii) la operación de su sistema sujeto a las normas que para ello expida la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante “CREG”) y los acuerdos del Consejo Nacional de Operación y, (iii) la ejecución de las obras que sean necesarias para la conexión de sus instalaciones y equipos a la red nacional de interconexión.

Por último, el artículo 33 establece que la operación del sistema interconectado propenderá por la atención de la demanda por medio de la utilización de recursos disponibles de forma económica y conveniente para el país.

2.2. Resolución CREG 025 de 1995³

El artículo 1 de la Resolución CREG 025 de 1995 estableció el Código de Redes como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional el cual contiene los reglamentos de Código de Planeamiento, Código de Conexión, Código de Medida y Código de Operación.

2.3. Resolución CREG 022 de 2001⁴

Mediante la Resolución CREG 022 de 2001, se modificaron y adicionaron disposiciones con relación al Plan de Expansión de Referencia del Sistema de Transmisión Nacional y a la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto de Uso del Sistema de Transmisión Nacional (en adelante “STN”).

A tu turno, el artículo 3 establece el Plan de Expansión de Transmisión de Referencia del STN, el cual corresponde al numeral 7 del Código de Planeamiento de la Expansión del sistema. Del mismo modo, dispone que la UPME, con base en el Plan de Expansión de Transmisión Preliminar que haga público y tomando como criterio la minimización de los costos de inversión y de los costos operativos y las pérdidas del STN, definirá el Plan de Expansión de Transmisión de Referencia a más tardar el 15 de octubre de cada año.

2.4. Resolución CREG 106 de 2006⁵

En el procedimiento y requisitos para la conexión de una planta o unidad de generación al Sistema Interconectado Nacional establecido en el artículo 1 de la Resolución CREG 106 de 2006, se dispone que aquellos generadores que planeen conectarse al STN, al Sistema de Transmisión Regional (en adelante “STR”) o al Sistema de Distribución Local (en adelante

² Esta conexión a la red nacional de interconexión puede tratarse de: (i) una red regional de transmisión, (ii) una red de distribución (iii) una central de generación o de (iv) un usuario.

³ “Por la cual se establece el Código de Redes, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional.”

⁴ “Por la cual se modifican e incorporan las disposiciones establecidas en la Resolución CREG-051 de 1998, modificada por las Resoluciones CREG-004 y CREG-045 de 1999, mediante las cuales se aprobaron los principios generales y los procedimientos para definir el plan de expansión de referencia del Sistema de Transmisión Nacional, y se estableció la metodología para determinar el Ingreso Regulado por concepto del Uso de este Sistema.”

⁵ “Por la cual se modifican los procedimientos generales para la asignación de puntos de conexión de generadores a los Sistema de Transmisión Nacional, Sistemas de Transmisión Regional o Sistemas de Distribución Local.”



“SDL”), o modificar la capacidad de transporte asignada, deben cumplir con el anexo de la mencionada resolución y con el código de redes.

Por otro lado, en el artículo 2 se establecen disposiciones con relación al derecho a la capacidad de transporte asignada, dentro de las cuales se encuentra que el derecho a la capacidad es intransferible y que para las conexiones que requieran expansión del STN, la capacidad de transporte asignada al generador corresponderá a la incluida en el Plan de Expansión de Referencia Generación – Transmisión.

Por su parte, el artículo 4 de la resolución en mención establece la garantía para reserva de capacidad de transporte, para lo cual se establece que se deberá entregar una garantía bancaria, un aval bancario o una carta de crédito en el caso de generaciones adicionales, o por cada kilovatio de capacidad a retirar del Mercado Mayorista, en el caso de retiro temporal.

El artículo 6 dispone además que, en caso de que un generador retire temporalmente del Mercado Mayorista una o más unidades de generación, siempre que haya entregado al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) un mes antes de la fecha prevista para el retiro la garantía de que trata el Artículo 4, puede continuar con la capacidad de transporte asignada hasta por un año después de la fecha de retiro efectivo.

2.5. Concepto de Abogacía de la Competencia Radicado No. 22892 de 2013

Con ocasión del proyecto de resolución “Por la cual se establecen los procedimientos que se deben seguir para la expansión de los Sistemas de Transmisión Regional mediante mecanismos de libre competencia” publicado en el año 2013 y cuyo objetivo fue establecer los procedimientos para que dicha expansión se llevará a cabo mediante la participación de los Operadores de Red (en adelante “OR”) u otros agentes bajo mecanismos de libre competencia, garantizando condiciones de eficiencia en la atención de la demanda, esta Superintendencia profirió concepto de abogacía de la competencia. El mecanismo que se definió para garantizar la libre competencia en el marco de los planes de expansión hacía referencia a convocatorias públicas que estarían a cargo del Minenergía o de la entidad que este delegase para ello.

Por medio de estas invitaciones abiertas al público los interesados podrían presentar sus propuestas para la ejecución de dichos proyectos a un mínimo costo. Por lo anterior, y debido a que el articulado pretendía garantizar las condiciones de libre competencia para el proceso de selección del responsable de la ejecución del proyecto, esta Superintendencia se pronunció respecto del proyecto hoy contenido en la Resolución CREG 024 de 2013, concluyendo que promovía una libre competencia entre los proponentes y que permitía adjudicar la ejecución del proyecto al oferente que presentara la propuesta más ventajosa en términos económicos y técnicos.

2.6. Decreto 1258 de 2013⁶

El artículo 4 del Decreto 1258 de 2013 establece las funciones de la UPME, entre las que se encuentran la de emitir conceptos sobre las conexiones al Sistema Interconectado Nacional,

⁶ “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME).”



en el marco de la expansión de generación y transmisión de energía, de conformidad con la delegación efectuada por Minenergía.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO:

El Proyecto tiene por objeto establecer los lineamientos de política pública que permitan la asignación de la capacidad de transporte a los generadores de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional (en adelante “**SIN**”). Esto en consideración al importante aumento de demanda de capacidad de transporte por parte de nuevos y existentes proyectos de generación frente a una insuficiente oferta. En adición a ello, hay proyectos de generación cuya Fecha de Puesta en Operación (en adelante “**FPO**”) se encuentra vencida, pero que cuentan con punto de conexión al SIN cuyo uso no se avizora en el corto plazo, lo que genera capacidades de transporte ociosas.⁷

La situación descrita, genera dos escenarios: (i) que no se cuente con la capacidad de generación que resultaría útil para el mercado de energía del país; y (ii) que se tenga capacidad de transporte ociosa evitando la entrada al mercado de otros agentes que pudieran hacer uso efectivo de esta capacidad. A su vez, se encuentra que las mencionadas problemáticas pueden presentarse debido a las demoras en la obtención de un punto de conexión al SIN producto tanto de la falta de capacidad en la red o como de la necesidad de desarrollar proyectos de expansión.⁸

Por otro lado, es importante resaltar que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Proyecto, este aplicará a los interesados en acceder a la asignación de capacidad de transporte de energía eléctrica para proyectos de generación y autogeneración, así como para los transportadores o propietarios de los activos que conforman los STN, STR y SDL.

En el artículo 3 se relacionan los objetivos que permitirán definir la asignación de capacidad de transporte a los generadores de energía eléctrica en el SIN, los cuales serán regulados mediante la normatividad que expida la CREG. Entre tales objetivos se encuentran: 1) el cumplimiento de las necesidades de expansión del SIN, para lo cual se priorizaran las conexiones de proyectos con obligaciones adquiridas en los mecanismos de mercado definidos por el Gobierno Nacional, Minenergía o CREG; 2) el uso adecuado y eficiente de las redes de transporte de energía eléctrica disponibles en el SIN; 3) la liberación de la capacidad de transporte de energía no utilizada cuando no se cumplan los compromisos adquiridos y 4) la unificación de los procesos y procedimientos y las actividades asociadas a la asignación de la capacidad de transporte a las redes del SIN para generar eficiencia y efectividad en dicho proceso.

Por su parte, el artículo 4 del Proyecto establece los lineamientos que deben tenerse en cuenta para el acceso y asignación de la capacidad de transporte en el SIN, de conformidad con la regulación que expida para ello la CREG, dentro de dichos lineamientos se encuentran:

⁷ Cfr. Documento “Memoria Justificativa Proyecto de Resolución “Por el cual se establecen los lineamientos de política pública para la asignación de capacidad de transporte a generadores en el Sistema Interconectado Nacional”, aportado al Expediente 20-380101 pp. 14-15.

⁸ Cfr. Documento “Memoria Justificativa Proyecto de Resolución “Por el cual se establecen los lineamientos de política pública para la asignación de capacidad de transporte a generadores en el Sistema Interconectado Nacional”, aportado al Expediente 20-380101 pp. 16.



- 1) Atención a las necesidades de expansión y requerimientos del SIN cuándo se asigne la capacidad de transporte;
- 2) La UPME podrá priorizar proyectos de generación que maximicen el uso de recursos disponibles en el país, así como los que hayan sido asignados con compromisos a través de mecanismos de mercado definidos por el Gobierno Nacional, Minenergía o la CREG, para la emisión del concepto de conexión;
- 3) Aplicación unificada, obligatoria y vinculante de reglas y procedimientos para los interesados en obtener asignación de capacidad de transporte en el SIN, de modo que su incumplimiento de lugar a pérdida de acceso a dicha capacidad o genere las sanciones a las que haya lugar;
- 4) La CREG establecerá regulación para garantizar el acceso actualizado y trazable de la información de capacidad disponible de las redes del SIN;
- 5) La CREG definirá las condiciones y/o requisitos para acceder a la capacidad de transporte en las redes del SIN, así como los que se deben cumplir durante la etapa posterior a la asignación de la capacidad de transporte y previa a la entrada en operación del proyecto de generación;
- 6) Una vez la UPME emita concepto favorable de conexión, los interesados en conectar plantas o unidades de generación al STN, a un STR o a un SDL, deben cumplir los mecanismos y/o instrumentos que permitan garantizar la utilización de la capacidad de transporte asignada, los cuales serán definidos por la CREG;
- 7) La CREG establecerá las reglas con las que sería posible modificar las fechas de puesta en operación de los proyectos de generación de energía, de modo que se garantice la utilización de la capacidad de transporte asignada, lo mismo ocurrirá para los proyectos que hayan resultado de un mecanismo de asignación dispuesto por el Gobierno Nacional, Minenergía o la CREG;
- 8) La CREG regulará las condiciones aplicables para la posibilidad de ceder total o parcialmente el derecho a la capacidad de transporte asignada, los cuales deben incluir las condiciones de cambio de tecnología del proyecto cesionario, los mecanismos y/o instrumentos que garanticen la utilización de la capacidad de transporte asignada y las reglas generales de comportamiento de mercado;
- 9) La CREG deberá incluir una ventanilla única dentro del proceso de asignación de la capacidad de transporte al SIN, en la que se tramitarán las solicitudes de conexión de generación y las de los usuarios de las redes del SIN. Por su parte, la UPME implementará y administrará la ventanilla única y el sistema de información para solicitudes, aprobación y seguimiento de conexiones, de acuerdo con los lineamientos definidos por la CREG;
- 10) La UPME emitirá concepto sobre las conexiones al SIN, en el marco de la expansión de generación y transmisión de energía, de acuerdo con los lineamientos que determine la CREG;



- 11) En caso de que a la fecha de puesta en operación de un proyecto de generación no esté disponible la capacidad total que le fue asignada al proyecto en el punto de conexión, la UPME podrá autorizar de manera temporal y con menor capacidad de generación, la conexión de proyectos que tienen obligaciones adquiridas con el Gobierno Nacional, Minenergía o la CREG. Las condiciones, mecanismos y/o esquemas operativos serán definidas por Minenergía o la entidad que esta delegue.

Ahora bien, en el artículo 5 del Proyecto se establecen los criterios para definir los escenarios que den lugar a la pérdida del acceso a la capacidad de transporte tales como: 1) incumplimiento de mecanismos y/o instrumentos que garanticen y/o respalden la utilización de la capacidad de transporte asignada, de acuerdo a las condiciones que expida para ello la CREG; 2) ausencia de modificación de las fechas de puesta en operación comercial de los proyectos de generación de energía o cuando opere la modificación y no se garantice la utilización de la capacidad de transporte asignada, en los términos establecidos por la CREG; 3) en el evento en que los mecanismos y/o instrumentos que garanticen y/o respalden la utilización de la capacidad de transporte asignada se hagan exigibles o ejecutables; 4) cuando se declare el incumplimiento grave de las obligaciones adquiridas a través de los mecanismos de mercado definidos por el Gobierno Nacional, Minenergía o la CREG, en los casos en que la CREG lo establezca y 5) cuando los interesados en acceder a la asignación de capacidad de transporte en el SIN no cumplan con las reglas de comportamiento de mercado establecidas por la CREG.

Por otro lado, en los parágrafos de este artículo se establece que la CREG determinará el procedimiento en el caso en que se haga efectiva la pérdida de la capacidad de transporte y establecerá las condiciones para mantener dicha capacidad. Igualmente se manifiesta que, aquellos que causen retrasos en los procedimientos y trámites de conexión de manera injustificada se someterán a las sanciones aplicables por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En el artículo 6 del Proyecto se establecen las garantías para la conexión a las redes del SIN, para lo cual la CREG definirá los casos en los que los generadores que van a conectarse al SIN no deban entregar garantías adicionales si ya han constituido otras exigidas en la regulación que cubren la fecha de puesta en operación del proyecto, así como los casos en los que no sea necesario otorgar garantías por parte de los usuarios que se van a conectar a un proyecto de expansión para iniciar procesos de selección en los que se adjudica la expansión de las redes del SIN.

Con relación al artículo 7 del Proyecto, se establecen las reglas de comportamiento para quienes solicitan y les sea concedido acceso a la capacidad de transporte al SIN, quienes además deberán cumplir con lo dispuesto en la Resolución CREG 080 de 2019⁹ o aquellas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, con relación a las reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollen las actividades de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible. Respecto a la mencionada resolución, esta Superintendencia se pronunció mediante el concepto de abogacía de la competencia radicado No.136107 de 2019, en el cual se concluyó que las reglas generales de

⁹ "Por la cual se establecen reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollen las actividades de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible".



comportamiento incluidas en el Proyecto no solo son congruentes con el régimen de libre competencia económica, sino que también están encaminadas a su promoción.

Por su parte, el artículo 8 del Proyecto relaciona el régimen de transición aplicable a los proyectos de generación de energía eléctrica que se encuentren pendientes o que hayan obtenido concepto favorable de conexión por parte de la UPME previo a la fecha de entrada en vigencia del Proyecto y que al momento de entrada en vigencia del Proyecto: 1) no hayan iniciado la fase de construcción; 2) se encuentren en fase de construcción o 3) la fecha de puesta en operación comercial se haya vencido independientemente de si se trata de un proyecto que cuente con obligaciones resultantes de mecanismos de mercado definidos por el Gobierno nacional, Minenergía o una entidad adscrita al Sector de Minas y Energía. El mencionado régimen de transición será regulado por la CREG.

Finalmente, el artículo 9 establece el ajuste normativo del Proyecto y le asigna la responsabilidad a la CREG de adoptar las medidas necesarias para expedir, modificar o actualizar la regulación vigente, según corresponda, en un plazo máximo de tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia del acto administrativo. Del mismo modo, se menciona que, hasta que se expida el ajuste normativo del que trata el Proyecto, la UPME deberá seguir tramitando las solicitudes de asignación de capacidad de transporte para la emisión de concepto de conexión, que hubiere recibido antes y después de la entrada en vigencia del Proyecto. Por su parte, se establece que la CREG deberá establecer el régimen de transición aplicable a las solicitudes que se encuentren pendientes de pronunciamiento por parte de la UPME a la fecha de entrada en vigencia del Proyecto.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA:

9

Como se puede observar a partir de la descripción del Proyecto, este tiene como finalidad la fijación de una serie de lineamientos generales a partir de los cuales la CREG (e inclusive la UPME) deberán expedir una serie de disposiciones reglamentarias en un lapso no superior a tres (3) meses desde la vigencia del acto administrativo. En adición a ello, el Minenergía expedirá en un plazo indeterminado, al menos otra regulación asociada a la posibilidad de establecer mecanismos o esquemas operativos que permitan la entrada en operación parcial de ciertos proyectos de generación de energía eléctrica de forma transitoria mientras se cuenta con la capacidad de transporte demandada para dichos proyectos.

A juicio de esta Superintendencia, si bien dichos lineamientos implican entre otras cosas un cambio en las condiciones actuales de mercado con la posibilidad de que exista un tratamiento diferenciado entre distintos agentes participantes de este, es decir, entre quienes deben ajustar su operación de forma inmediata a las condiciones de mercado y quienes cuenten con un periodo de transición para llevar a cabo dicho ajuste, ese tratamiento diferenciado tendría un propósito superior asociado a lograr mayores niveles de eficiencia, y con ello, de disponibilidad y uso de un recurso escaso como es la capacidad de transporte de energía eléctrica. Lo anterior, con la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público.

De ello también se desprende la justificación de plantear un esquema de priorización en la asignación del recurso de transporte a aquellos generadores cuyas obligaciones estén asociadas a los mecanismos de mercado desarrollados por el Gobierno Nacional y por el



regulador, los cuales, tienen como finalidad garantizar el suministro continuo y suficiente del servicio público de energía eléctrica en el país.

No obstante, es fundamental que desde el Minenergía se tenga claridad respecto a que dicha circunstancia no puede dar lugar a posibles efectos exclusorios de otros agentes que no cuenten con obligaciones de generación asociadas a dichos mecanismos de mercado respecto del recurso de transporte. En ese sentido, resulta fundamental que en las regulaciones posteriores que se expidan – en este caso por parte de la CREG – se preste especial atención a las condiciones de acceso al recurso de transporte, y que aún en el marco de la priorización, ello no termine representando ventajas competitivas a favor de determinados agentes y en perjuicio de otros.

De otra parte, en relación con lo preceptuado en el numeral 11 del artículo 4 del Proyecto, referente a los esquemas de operación y a la posibilidad de que ciertas plantas de generación puedan entrar en operación parcial mientras se completan las actividades de expansión del sistema de transporte que permitan despachar la capacidad determinada por el generador, es fundamental que la regulación que para ese fin expida el Minenergía, en modo alguno modifique las condiciones bajo las cuales se asignaron los derechos y obligaciones derivados de los procesos competitivos (p.e. subastas de FNCER y de cargo por confiabilidad). Así las cosas, considera esta Superintendencia que dicha aclaración debe hacerse en el Proyecto a fin de evitar cualquier clase de confusión o controversia, ya que de presentarse una situación como la descrita podría desmejorar las condiciones bajo las cuales determinado agente compitió en dichos mecanismos, lo que a su turno podría tener la virtualidad de favorecer indebidamente a otros agentes en el mismo mercado.

Finalmente, a juicio de esta Superintendencia resulta igualmente importante que en el marco de los objetivos y lineamientos determinados por el Minenergía en lo referente a la “maximización del uso de los recursos disponibles en el país”, así como en el marco del mandato con el que cuenta la CREG para la expedición de regulaciones posteriores, dicha maximización se vea reflejada en reglas concretas que efectivamente privilegien el uso de los recursos disponibles, y que ello, redunde en beneficio de los consumidores finales.

5. RECOMENDACIONES:

Con base en la descripción del Proyecto y el análisis antes referido esta Superintendencia se permite recomendar al Minenergía:

- **Remitir** a esta Superintendencia el proyecto de regulación que pretenda expedir el Minenergía en relación con los mecanismos o esquemas operativos que permitan la entrada en operación parcial de ciertos proyectos de generación de energía eléctrica de forma transitoria mientras se cuenta con la capacidad de transporte demandada para dichos proyectos, para el respectivo análisis de abogacía de la competencia.
- **Remitir** el presente concepto a la CREG a fin de que en el marco de las regulaciones que deba expedir como consecuencia del Proyecto se evalúe la necesidad de surtir el procedimiento de abogacía de la competencia.



- **Aclarar** en el Proyecto, que el esquema de puesta en operación transitorio al que hace referencia el numeral 11 del artículo 4 del Proyecto, en modo alguno modifica las condiciones de asignación realizadas en los procesos competitivos celebrados por el Minenergía con anterioridad a la expedición del Proyecto.
- **Solicitar** a la CREG en el marco de las competencias con las que cuenta, que de forma concreta y explícita, en los proyectos de regulación subsecuentes derivados del Proyecto, se dispongan reglas concretas que materialicen el principio de maximización del uso de los recursos disponibles, en beneficio de los usuarios finales del servicio de energía eléctrica.
- **Incluir** en el Proyecto una disposición expresa tendiente a garantizar que los procesos de priorización, en modo alguno excluyan la concurrencia de los diferentes proyectos de generación de energía eléctrica al Sistema de Transmisión Nacional.

Dado que en el presente caso esta Superintendencia consideró procedente la formulación de recomendaciones en relación con el Proyecto, es pertinente reiterar lo manifestado por el Consejo de Estado en cuanto a la carga motiva que surge en cabeza del regulador que decida apartarse de las sugerencias no vinculantes de la Superintendencia de Industria y Comercio:

“La forma que exige el artículo 7 de la ley 1340 de 2009 (...), para apartarse del concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio es la de manifestar “de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta”. Por tanto, la motivación debe constar en la parte considerativa del acto regulatorio y no serán suficientes las explicaciones o constancias que se dejen en otro documento”.

En adición a lo anterior, esta Superintendencia agradece al Minenergía que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita copia de esta al correo electrónico arincon@sic.gov.co. Lo anterior con el fin de hacer seguimiento a la normatividad vigente, además de favorecer los mecanismos de cooperación interinstitucional que permitan alcanzar los objetivos de vigilancia comunes que garanticen la libre competencia, el bienestar de los agentes y la eficiencia económica.

Cordialmente,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Proyectó: Óscar Taborda V. / María Alejandra Baquero M.
Revisó y Aprobó: Aura Elena Rincón Peña / Ana María Pérez Herrán

Es importante para nosotros conocer su percepción sobre la atención de su solicitud, por esta razón lo invitamos a evaluar el servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio siguiendo el siguiente enlace:

