



## MEMORIA JUSTIFICATIVA

### PROYECTO DE DECRETO

*“Por el cual se modifica el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía 1073 de 2015, respecto de la adopción de un régimen transitorio especial para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe”*

#### 1. ANTECEDENTES, OPORTUNIDAD Y CONVENIENCIA

##### 1.1. Antecedentes

Como consecuencia del deterioro en la prestación del servicio generado por, entre otras razones, las menores inversiones a las que eran necesarias, para garantizar la continuidad y la eficiencia en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la costa caribe por parte de Electricaribe S.A. E.S.P., y con el fin de no poner en riesgo la prestación de este servicio en el área atendida por dicha empresa, mediante Resoluciones SSPD 20161000062785 y 2017000005985 del 14 de noviembre de 2016 y 14 de marzo de 2017, respectivamente el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios ordenó la toma de posesión con fines liquidatorios de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365, 370 de la Constitución Política, y 2 y 59 de la Ley 142 de 1994. Como consecuencia de la toma de posesión y para encargarse de la administración de la compañía intervenida, fue designado un Agente Especial, quien inició un proceso de búsqueda de uno o varios operadores para el mercado que actualmente atiende Electricaribe S.A. E.S.P., en el propósito de garantizar la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio público de energía.

En marco del proceso de intervención ordenado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD, el Agente Especial designado por ésta, suscribió en junio de 2017 un contrato con la Financiera de Desarrollo Nacional – FDN, para la estructuración del proceso de solución empresarial que permitiera darle continuidad a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la región Caribe. El trabajo desarrollado por la FDN incluyó el análisis de la posición financiera de Electricaribe S.A. E.S.P. para ese momento, bajo los diferentes escenarios de inversión requeridos para la mejora de los indicadores de prestación del servicio de energía, teniendo en cuenta el impacto del marco regulatorio y tarifario aplicable en la compañía. Los análisis adelantados confirmaron la situación financiera de la compañía debido a las bajas inversiones y la deficiente operación de esta en los años anteriores a 2016, así como la necesidad de adelantar un plan de inversiones ambicioso para poder iniciar la senda de recuperación de los indicadores operativos.<sup>1</sup>

El documento CONPES 3985 de 2020, en el capítulo de antecedentes y justificaciones, expone la situación de la prestación del servicio de energía eléctrica en la costa caribe con anterioridad al proceso de intervención de la cual fue objeto el prestador del servicio, e indica que *“(…) desde el 2012 se redujo el monto de inversiones por debajo del 5 % de la base regulatoria, llegando al 2,5 % en el año 2016. Dichas inversiones fueron sistemáticamente inferiores a las inversiones mínimas requeridas para evitar el deterioro de indicadores de pérdidas y calidad del servicio. Dicha subinversión llevó al deterioro de la red, reduciendo la calidad del servicio e incrementando las pérdidas de la empresa (el indicador SAIDI aumentó un 33 % entre los años 2012 y 2016), y comprometiendo la*

<sup>1</sup> Documento CONPES 3985 del 12 de marzo de 2020. Numeral 2.3.1. Contratación de la Financiera de Desarrollo Nacional para estructuración de un proceso de solución empresarial



*reputación de la compañía frente a los usuarios. Lo anterior llevó a aumentar los problemas en el recaudo y cobro de cartera, deteriorando la situación financiera de la compañía, situación que derivó en incumplimiento de pagos de las facturas expedidas por XM S.A. E.S.P., y obligaciones de presentación de garantías, imposibilitando así la contratación bilateral con generadores de energía”.*<sup>2</sup>

De manera complementaria, el Congreso de la República teniendo en cuenta la situación en la que se encontraba Electricaribe al momento de su intervención, y buscando viabilizar el proceso de vinculación de capital público, privado o mixto incluyó en las bases y en el articulado del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 (Ley 1955 de 2019) “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, medidas para preservar la calidad y continuidad en la prestación del servicio en los siguientes términos

*Si bien la empresa se encuentra actualmente en búsqueda de inversionistas, el Gobierno nacional, a través de la Superintendencia de Servicios Públicos (SSPD), debe tomar las medidas para garantizar la presentación del servicio de energía eléctrica en condiciones óptimas. Con este fin, se adoptarán las siguientes estrategias para lograr dicho objetivo de prestación eficiente del servicio de energía eléctrica en la región:*

(...)

*Adoptar un régimen regulatorio transitorio especial para asegurar la prestación eficiente del servicio. Esta medida se adopta con el fin de establecer condiciones para recuperar la prestación del servicio público de energía eléctrica en la región Caribe, debido al deterioro generado por la operación, administración y falta de inversiones por parte de Electricaribe S.A. E.S.P. de manera previa al proceso de intervención de la SSPD”.*

La medida así prevista en las bases del Plan Nacional de Desarrollo fue incluida en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, así:

*Con el fin de asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la Costa Caribe, teniendo en cuenta el estado de Electricaribe S.A. E.S.P. al momento de su Intervención, autorícese al Gobierno nacional para establecer un régimen transitorio especial en materia tarifaria para las actividades de distribución y comercialización del actual mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. o las empresas derivadas de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. que se constituyan en el marco del proceso de toma de posesión de esta sociedad para las regiones en las se preste el servicio público. Para estos efectos, los límites en la participación de la actividad de comercialización de energía eléctrica podrán ser superiores hasta en diez puntos porcentuales adicionales al límite regulatorio corriente.*

*Este régimen regulatorio especial deberá establecer que la variación en las tarifas para esta región sea al menos igual a la variación porcentual de tarifas del promedio nacional, en la medida en que refleje, como mínimo, las inversiones realizadas, el cumplimiento de las metas de calidad y de reducción de pérdidas. El Gobierno nacional definirá el plazo máximo de aplicación del este régimen transitorio especial.*

<sup>2</sup> Documento CONPES 3985 del 12 de marzo de 2020. Numeral 2.1. Electricaribe, situación antes de la intervención



En cumplimiento del deber de adoptar las estrategias definidas en las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, y en virtud de la facultad otorgada por el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1645 de 2019, mediante el cual delegó en la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG, la función de establecer el régimen transitorio especial en materia tarifaria, para asegurar la sostenibilidad de la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica del actual mercado de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. En relación con el régimen de comercialización de energía eléctrica en la región Caribe, el Decreto 1645 de 2019 sólo estableció que se seguiría aplicando la regulación CREG general, hasta que dicha comisión expidiera una nueva regulación general para dicho componente.

En desarrollo de la delegación efectuada por el Decreto 1645 de 2019, el 30 de enero de 2020 la CREG expidió la Resolución 010 de 2020, mediante la cual estableció el régimen transitorio especial en materia tarifaria para la región Caribe para la actividad de distribución de energía eléctrica, sin establecer una regulación específica en lo relacionado con la actividad de comercialización.

Por su parte, el proceso de búsqueda de uno o varios operadores para el mercado que actualmente atiende la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P iniciado por el Agente Especial y a cargo de la FDN, tal y como consta en el documento CONPES 3985 de 2020, arrojó como resultado que el mercado atendido por la mencionada empresa se dividiría en dos, uno correspondiente, principalmente, a los departamentos de Bolívar, Córdoba, Sucre y Cesar, a ser atendido por una empresa denominada CaribeMar de la Costa S.A. E.S.P.; y otro correspondiente, principalmente, a los departamentos de Atlántico, Guajira y Magdalena, a ser atendido por una empresa denominada CaribeSol de la Costa S.A. E.S.P., siendo estas empresas derivadas de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., constituidas en el marco del proceso de toma de posesión de esta sociedad.

En relación con la actividad comercialización asociada a la prestación del servicio público de energía eléctrica en el mercado atendido por Electricaribe S.A. E.S.P., el documento CONPES en cita, señaló:

*En el marco del régimen tarifario especial y transitorio previsto en el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, se estimó relevante que en un tiempo prudencial el Ministerio de Minas y Energía y sus entidades adscritas y vinculadas, hagan una revisión de la metodología para la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica, teniendo en cuenta la división de los mercados propuesta por el equipo asesor y las condiciones actuales de Electricaribe (relacionadas con el estado en que se encontró al momento de su intervención).*

En tal sentido, se incluyeron sendas recomendaciones en el documento CONPES 3985 de 2020, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES, para solicitar al Ministerio de Minas y Energía:

*(...) en coordinación con sus entidades adscritas, revisar y adoptar, en caso de considerarlo necesario, las medidas de política y regulatorias específicas para asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público de energía eléctrica en la región Caribe, priorizando las medidas referidas en la sección 2.3.5 del presente documento. Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Minas y Energía y sus entidades adscritas tendrán en cuenta los siguientes plazos para la aplicación de las medidas específicamente descritas a continuación:*



(...)

*En lo posible, antes de 12 meses desde el cierre del proceso de vinculación de capital se efectuará una revisión de la metodología para la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica.*

De manera adicional a lo ya expuesto y a partir del mes de marzo de 2020, el país ha tenido que enfrentar las afectaciones y consecuencias de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, razón por la cual el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la Emergencia Sanitaria por causa del COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020, la cual ha sido prorrogada mediante Resoluciones 844 y 1462 del 26 de mayo y 25 de agosto de 2020, respectivamente y se encuentra vigente hasta el 30 de noviembre de 2020 por lo menos.

Las diferentes medidas, lineamientos y directrices dictadas por el Gobierno nacional para enfrentar las consecuencias de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, especialmente en lo relacionado con el aislamiento para prevenir propagación del virus, , han tenido un impacto sin precedentes en diferentes sectores de la economía, viéndose con ello reducida la operación de la industria, el comercio, y por consiguiente las oportunidades de trabajo, que terminaron por disminuir los ingresos en los hogares colombianos, con la consecuente reducción en la capacidad de pago de los usuarios, lo que se ve reflejado en el crecimiento del PIB del segundo trimestre de 2020 el cual, de acuerdo con cifras que se pueden consultar en la página web del DANE, se ubicó en – 15,7%, así como el impacto en la tasa de desempleo nacional que llegó a un 19.8%, tasa que tan solo en la región caribe aumentó en el primer semestre de 2020 a 12.4%.

De lo anterior resulta que la emergencia derivada del COVID -19 ha generado un impacto grave,, entre otras, en la capacidad de pago de los usuarios, el consumo de energía y la operatividad de las empresas, lo que como es natural, ha impactado negativamente la prestación del servicio público de energía en la región Caribe, lo cual se agrava por la precariedad en las condiciones de prestación del servicio en esa región, que condujeron a la toma de posesión de la empresa en los términos y con las medidas tomadas por el Gobierno y el Congreso ya señaladas.

La situación descrita, considerando los impactos económicos y sociales aún no previsibles derivados de la emergencia, podría permanecer en el tiempo, lo que podría generar unante consecuente inviabilidad para que cualquier prestador del servicio público de energía eléctrica en dicha región, pueda cumplir con la prestación del servicio en el largo plazo.

Por todo lo anterior y en el marco de las facultades otorgadas al Gobierno nacional por el Congreso, el resultado de la estructuración del proceso de solución empresarial para dar continuidad a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en la región Caribe adelantado por la FDN por solicitud del Agente Especial nombrado por la SSPD como consecuencia de la intervención de Electricaribe S.A. E.S.P, las recomendaciones de política pública dadas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social y los efectos económicos imprevisibles derivados de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19 se considera urgente adoptar una normatividad tarifaria transitoria especial para la región Caribe, con el fin de hacer viable la prestación del servicio en dicha región, mientras puedan hacerse las inversiones y las operaciones que permitirán la recuperación de la prestación del servicio público de energía, a estándares equiparables al resto del país.



Como se observa, el Estado ha adoptado medidas de diferente índole para darle continuidad a la prestación del servicio de energía en la región Caribe, atendiendo así el postulado y la orden constitucional, dada en el artículo 365 de la norma superior, relativa a que el suministro de servicios públicos domiciliarios es una función inherente al Estado. No obstante, si bien en el momento en que las medidas fueron consideradas y adoptadas, se estableció que éstas podían atender la gravosa situación que enfrenta la empresa de Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., por entre otras, la falta de gestión de la compañía con anterioridad a la toma de posesión por parte de la SSPD, ninguna de las medidas contempló por ser imprevisible, los efectos adversos que deja en lo social y económico, la existencia de la pandemia generada por cuenta del coronavirus COVID-19, que sin duda, aunado a otros aspectos, agrava aún más la situación del servicio público de energía eléctrica en la costa caribe, considerando las consecuencias económicas y sociales que se derivarán como efecto de la pandemia en el país, y especialmente en la región Caribe en el mediano y largo plazo .

### 1.1. Oportunidad y Conveniencia

El artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es su deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, y que así mismo estos servicios públicos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley.

El artículo 370 de la Constitución Política establece que corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de la administración y el control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

La Ley 142 de 1994, en su artículo 87, señala que el régimen tarifario de los servicios públicos estará orientado por, entre otros, los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera. El mismo artículo menciona en sus numerales 1 y 4, respectivamente que frente al primer criterio mencionado, *“(…) el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados,(…)”* y que *“(…) por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.”*

Frente a una eventual contradicción de los mencionados criterios, el numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 dispone que *“(…) si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera”*.

Igualmente, y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, *“[t]oda tarifa tendrá un carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio (…)”*.

Por su parte, y con base en lo establecido en el numeral 2 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994, las fórmulas tarifarias podrán incluir *“[u]n cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el*



*usuario, independientemente del nivel de uso. Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.”*

Para efectos de cumplir con los mandatos legales ya mencionados y en procura de asegurar el establecimiento de una transición adecuada al régimen tarifario vigente de la actividad de comercialización y teniendo en cuenta la situación especial de Electricadora del Caribe S.A. E.S.P. derivada de las circunstancias que dieron origen a la toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través del proyecto de decreto propuesto, se fijan los lineamientos que deberán ser observados por el Ministerio de Minas y Energía y la CREG, en desarrollo de la atribución legal conferida al Gobierno nacional en la Ley 1955 de 2019.

En tal sentido se considera necesario, establecer un régimen transitorio especial para variables específicas de la actividad de comercialización que aplicará al mercado que atiende Electricaribe S.A. E.S.P., independientemente de él o los operadores que atiendan o vayan a atender dicho mercado, sin perjuicio de que dicho régimen transitorio se aplique a cualquier otra alternativa posible para efectos de la prestación del servicio público de energía eléctrica en la Costa Caribe.

Al respecto debe destacarse, tal y como se desarrolla más adelante, que se hace necesario que dicha modificación normativa sea efectuada de manera urgente, ante la evidencia de la afectación actual en la prestación del servicio público de energía eléctrica, por lo que se requiere expedir esta normativa sin dilaciones adicionales que pudieran concretar los riesgos en mención, considerando adicionalmente los recursos públicos que se han requerido y se requerirán en el futuro para atender el déficit comercial que genera la prestación del servicio público en la región Caribe, hasta tanto no se haya adoptado una solución definitiva para la entrega de la prestación del servicio a uno o más operadores.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que según lo dispuesto en el artículo 208 de la Constitución Política: “[l]os ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”, ostenta una potestad reglamentaria de segundo grado o derivada de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Frente a la potestad reglamentaria que ostentan los Ministerios, el Consejo de Estado señaló en Sentencia del 29 de julio de 2010<sup>3</sup>

*“[r]esultaría absurdo pretender que el Presidente de la República estuviese obligado a ejercer de manera personal y directa sus facultades reglamentarias en todos y cada uno de los ámbitos de la gestión pública. Ante esta realidad incontrovertible, la puesta en marcha de esquemas y estrategias de descentralización, delegación y desconcentración, así como la conformación de sectores y de sistemas sectoriales de gestión se hace imprescindible para garantizar el correcto desempeño de la administración pública. En ese sentido,*

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2010, dictada en el proceso con radicación núm. 11001-03-24-000-2002-00249-01, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta



*desconocer a los Ministros la facultad de expedir reglamentaciones en materias que son propias de sus Despachos,*

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que “(...) la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República y que en Colombia opera un sistema difuso de producción normativa de alcance general, pero naturaleza reglamentaria, la cual sirve de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo”<sup>4</sup>

Por su parte, la Ley 489 de 1998 establece en su artículo 58 que los ministerios son entidades cuyo destino es *la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen* y frente a las funciones de los mismos se señala en el numeral 3 del artículo 59, que deberán “[c]umplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto”.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-805 de 2001:

*“(...) de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, para los Ministros del Despacho. Pero tales competencias para la expedición de normas generales por los ministros sólo pueden ejercerse, frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, con criterio residual y subordinado.”*

*Se tiene entonces que los Ministros pueden ejercer competencias de regulación de carácter netamente administrativo, dentro del ámbito de sus funciones y subordinadas, en todo caso, a los reglamentos que el Presidente de la República haya expedido para la cumplida ejecución de las leyes.*

(...)

En igual sentido lo señaló en Sentencia C-1005 de 2008, así:

*(...) resulta preciso tener presente que mientras al Presidente le corresponde expedir criterios para la debida observancia de la voluntad legislativa, los órganos subordinados deben, por su parte, emitir la regulación “necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.”*

14.- *La justificación de esta asignación de regulación gradual consiste, a juicio de la Corte, en que precisamente son los organismos administrativos los depositarios de información relacionada de manera directa e inmediata “con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa.” La idea central en este lugar es que son precisamente los entes administrativos los que más cercanía reportan frente a “los temas reales de implementación de la legislación.” Ello trae como consecuencia que sean estos organismos quienes deban ser los encargados de aquello que la Corte denomina “microregulación de la ley.” Lo anterior enlaza con un aspecto detectado una y otra vez por la jurisprudencia constitucional, a saber, que resulta muy difícil para el Legislador prever de antemano todas las*

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-917



*eventualidades de regulación indispensables lo que sin duda constituye suficiente sustento respecto de que “sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente.”*

*15.- Así, respecto de la facultad de regulación, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en afirmar que esta facultad no se ubica únicamente en cabeza del Presidente. En armonía con los preceptos constitucionales, existen otros organismos pertenecientes a la Administración que puedan expedir regulaciones. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la facultad de regulación no es exclusiva del Presidente de la República y que en Colombia opera un “sistema difuso” de producción normativa de alcance general, pero cuya naturaleza está destinada a servir de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo*

Por lo anterior, teniendo en cuenta las competencias específicas del Ministerio de Minas y Energía en materia del servicio público de energía eléctrica y sus actividades complementarias, se considera oportuno facultar a dicho ente ministerial, para que con base en los lineamientos que son establecidos en el proyecto de decreto, defina las medidas que propendan por la continuidad de dicho servicio público, bajo criterios de eficiencia y suficiencia financiera.

Así entonces, el Ministerio de Minas y Energía, deberá adoptar las políticas referidas de forma exclusiva al reconocimiento de valores adicionales a los actualmente aprobados por la CREG, en el Costo Base de Comercialización y el Riesgo de Cartera, componente esta última de la fórmula del Costo variable de Comercialización, variables que, en los cálculos actualmente aprobados al comercializador del mercado caribe, no podrían aportar la suficiencia financiera para la prestación eficiente del servicio público de energía eléctrica, para que con base en esta política general, la CREG expida los actos administrativos tarifarios particulares. .

Adicionalmente, el mercado actualmente operado por Electricaribe S.A. E.S.P. sería segmentado en por lo menos dos mercados de comercialización, conforme a lo señalado por el CONPES 3895 de 2020. En ese orden, independientemente de quienes sean los nuevos operadores, a las nuevas empresas se transferirían los activos y ciertos pasivos de Electricaribe S.A. E.S.P., lo que conlleva a que la gestión de las actividades propias de la comercialización se vea impactada al tener que ser consecuentemente divididas.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que si bien uno de los objetivos del proyecto de decreto obedece a definir el régimen transitorio especial al que se refiere el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, en cualquier caso el régimen transitorio se encuentra dirigido a la adecuación transitoria del régimen tarifario vigente aplicable a la actividad de comercialización a cualquier escenario resultante del proceso de toma de posesión de Electricaribe S.A. E.S.P., esto es, sin perjuicio de quién sea el operador de dicho mercado, considerando que se trata de condiciones objetivas que han afectado la prestación del servicio en dicho mercado, por lo que el ajuste regulatorio resulta en cualquier caso necesario, con el fin de establecer condiciones especiales temporales, mientras se establecen condiciones que permitan llevar la prestación del servicio a niveles comparables con el promedio del país.





De acuerdo con lo anterior, este Decreto modifica el Decreto 1073 de 2015, “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía*”, con el propósito señalar en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, el deber de establecer las medidas que corresponden para hacer eficiente y financieramente sostenible la actividad de comercialización en la costa caribe.

En ese orden de ideas, el proyecto de decreto incorpora 3 artículos relacionados con la remuneración de la actividad de comercialización para el mercado de la costa caribe referidos a (i) costo base de comercialización y riesgo de cartera, y; (ii) posibilidad para quien opere el mercado atendido por Electricaribe S.A. E.S.P. de presentar una opción tarifaria para permitir la aplicación gradual de variaciones de tarifas al usuario final.

Es necesario conforme a lo expuesto, que se establezca de manera transitoria las reglas de política para actualizarla remuneración de la actividad de comercialización de energía, de manera que la misma refleje la situación actual y a futuro del mercado de comercialización de la región Caribe, sin necesidad de que tengan que asumir el lastre asociado a las bajas inversiones en el mercado antes del proceso de intervención desarrollado por la SSPD.

Por lo anteriormente expuesto y atendiendo el deber constitucional establecido en su artículo 365, así como en la Ley 142 de 1994 que determinó, en su artículo segundo, que el Estado intervendrá en los servicios públicos, entre otras cosas, para garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, el Gobierno nacional, en desarrollo del artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, considera oportuno tomar de manera de inmediato las medidas necesarias para cumplir con los mandatos que le ha entregado el ordenamiento jurídico colombiano para cumplir con los fines estatales y, de esta forma evitar efectos negativos como racionamientos, desestabilidad económica del sector energético y riesgo en la continuidad de la prestación del servicio público de energía eléctrica en la costa caribe, de la manera más eficaz y eficiente posible, y para poder igualmente con esto, afrontar los riesgos que implica sobrellevar la actual situación de emergencia, asegurando que se pueda mantener un servicio continuo y confiable por parte de las empresas, con la menor afectación negativa posible para los usuarios y los agentes de la prestación del servicio.

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta principalmente la situación financiera y operacional actual del comercializador de energía en la costa caribe, situación que como se ha mencionado fue causada por la ineficiente gestión antes de la toma de posesión de la empresa, adicional a los efectos actuales y a largo plazo de la pandemia por el COVID-19, se hace oportuno y conveniente que el Gobierno nacional haga uso de la autorización que le otorgó al legislador a través del artículo 318 de la Ley 1955, considerando la autorización específica en dicha materia para el mercado en mención, y atendiendo igualmente las recomendaciones del CONPES, adoptando medidas en relación con la remuneración de la actividad de comercialización para darle continuidad eficiente a la prestación del servicio público de energía eléctrica por parte de él o los operadores del mercado de energía en la región caribe.

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

3. El proyecto de decreto aplica para el Ministerio de Minas y Energía, la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG – y para los actuales o futuros prestadores del servicio público de energía eléctrica en los siete departamentos de la región Caribe. **VIABILIDAD JURÍDICA**



### **3.1. Análisis expreso y detallado de las normas que otorgan la competencia para la expedición del correspondiente acto**

El Decreto se expide con base en **i)** La potestad reglamentaria y organizacional otorgada al Presidente de la República en la Constitución Política de Colombia; **ii)** la facultad atribuida al Presidente de la República para señalar las políticas generales de la administración y el control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, con base en el artículo 370 de la Constitución Política y, **iii)** la atribución otorgada al Gobierno nacional mediante el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, para adoptar medidas excepcionales con el fin de asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público de distribución y comercialización de electricidad en la costa caribe del país, en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Política.

### **3.2 La vigencia de la ley o norma reglamentada o desarrollada**

El artículo 318 de la Ley 1955 de 2019 empezó a regir el 25 de mayo de 2019, fecha de su publicación y su vigencia no ha sido afectada en la actualidad.

### **3.3. Disposiciones derogadas, subrogadas, modificadas, adicionadas o sustituidas, si alguno de estos efectos se produce con la expedición del respectivo acto**

La reglamentación propuesta en el proyecto de decreto reglamenta el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, modificando el artículo 2.2.3.2.2.1.3. del Decreto 1073 de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía*”. La modificación o sustitución propuesta en el proyecto de decreto, fija en cabeza del Ministerio de Minas y Energía el deber de establecer reglas transitorias para el cálculo por parte de la CREG, de los cargos de comercialización en el mercado caribe, con el fin de asegurar la prestación continua del servicio público de esa región.

### **3.4. Revisión y análisis de las decisiones judiciales de los órganos de cierre de cada jurisdicción que pudieran tener impacto o ser relevantes para la expedición del acto**

De acuerdo con la información suministrada y avalada por el Coordinador del Grupo de Defensa Judicial de la Oficina Asesora Jurídica, una vez analizadas las bases de proceso con las que cuenta dicha dependencia, no se evidenciaron sentencias judiciales expedidas con relación a la materia objeto del proyecto de decreto.

## **4. IMPACTO ECONÓMICO**

No se presenta un impacto económico para los recursos de la Nación, por el contrario, el propósito del proyecto decreto es propender por la continuidad de la prestación del servicio público de energía eléctrica en la costa caribe, y con ello buscar la reducción del alto gasto público que ha venido asumiendo la Nación por la situación de Electricaribe S.A. E.S.P. que dio lugar a la toma de posesión.

## **5. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL**

No aplica al no ordenar un gasto en concreto con cargo al presupuesto de la Nación.

## **6. IMPACTO MEDIO AMBIENTAL O SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL**

No aplica.

## **7. CONSULTA**



El proyecto de decreto no está sujeto al trámite de consulta previa. Ahora bien, frente al deber señalado en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, de consultar a la Superintendencia de Industria y Comercio, para el correspondiente análisis de abogacía de la competencia, se debe poner de presente que, a consideración del Ministerio de Minas y Energía, no habría lugar a tal consulta, invocando la excepción a ello establecida en el literal *b*) del artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, y reglamentario del referido artículo 7.

Como es de público conocimiento, Colombia ha sido afectada, al igual que el resto de países, por la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19. Por lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la Emergencia Sanitaria por causa del COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020, la cual fue prorrogada por el mismo ente ministerial mediante Resolución 844 de 26 de mayo de 2020, hasta el 31 de agosto de 2020, y posteriormente, por Resolución 1462 del 25 de agosto de 2020, hasta el 30 de noviembre de 2020.

Durante la Emergencia Sanitaria, el Gobierno nacional con el fin de mitigar los efectos de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19, evitar su propagación, y con el fin de preservar principalmente la salud humana, expidió los Decretos 457 del 22 de marzo de 2020, 531 del 8 de abril de 2020, 593 del 24 de abril de 2020, 636 del 06 de mayo de 2020, 689 del 22 de mayo de 2020, 749 del 28 de mayo de 2020, 878 del 25 de junio de 2020, 990 del 9 de julio de 2020 y 1076 de 2020, mediante los cuales se impartieron instrucciones para el mantenimiento del orden público, dentro de las cuales se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia hasta el 1 de septiembre de 2020. Con posterioridad a los mencionados decretos, se expidió el Decreto 1168 de 2020, el cual dictó medidas para el aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable, que regirán entre el 1 de septiembre de 2020 y 1 de octubre de 2020 en el país.

Las diferentes medidas, lineamientos y directrices dictadas por el Gobierno nacional tendientes a contener y mitigar la propagación del Covid-19, sin duda han tenido un impacto sin precedentes en diferentes sectores de la economía, viéndose con ello reducida la operación de la industria, el comercio, y por consiguiente la oportunidades de trabajo, que terminan por disminuir los ingresos en los hogares colombianos disminuyendo igualmente la capacidad de pago de los usuarios, y con ello poniendo incluso en riesgo la estabilidad económica del sector de servicio público de energía eléctrica en el caribe.

Las medidas adoptadas también han impactado en el desenvolvimiento ordinario de la economía, lo que se ve reflejado en el crecimiento del PIB del segundo trimestre de 2020 el cual, de acuerdo con cifras que se pueden consultar en la página web del DANE, se ubicó en -15,7%. Igualmente se vio afectada la tasa de desempleo nacional que llegó a un 19.8%, tasa de desempleo que tan solo en la región caribe aumentó en el primer semestre de 2020 a 12.4%.

Por tal afectación de la economía, el recaudo de pagos por el consumo del servicio de energía eléctrica, que incluye usuarios residenciales, comerciales, industriales, oficiales, entre otros, igualmente se vio afectado para el mercado del país en general, recaudo que en el periodo de febrero a abril de 2020, durante el inicio de la pandemia (cuando aún no se materializaban completamente los efectos que esta ha causado en la economía del mundo), en el mercado de la costa caribe en el estrato 1 fue del 55% y para el estrato 2 del 68%, cifras que resultan relevantes teniendo en cuenta que la costa caribe tiene un 26% del total de proporción de personas con necesidades básicas insatisfechas del país, según resultados del Censo del DANE 2018.



La caída importante en el indicador de recaudo en los meses de la pandemia a la que se ha referido en este documento, se vincula básicamente en las siguientes causas:

- La disminución de la capacidad de gestión debido a la paralización de la campaña de suspensiones del servicio.
- La reducción de la capacidad de pago de los consumidores por la caída de los ingresos y retracción de la actividad económica.
- El incremento de la participación en ventas de los segmentos con menor capacidad de pago.

Debe tenerse en cuenta que la actual situación que atraviesa el país, genera efectos en lo social, lo económico y lo industrial, y exige del Gobierno nacional la adopción de medidas extraordinarias que permitan propender por la garantía de la prestación ininterrumpida del servicio público de energía eléctrica en la región Caribe, condiciones eficientes y confiables evitando exponer a riesgos financieros a los prestadores del servicio, con la consecuente obligación de garantizar la plena operación de la infraestructura hospitalaria y de salud necesaria en la actual coyuntura, así como de la oferta social y acceso al servicio público por parte del aparato productivo, que es sin duda indispensable para la reactivación económica del país.

Así entonces y con el fin de otorgar seguridad en el suministro del servicio público de energía eléctrica, que permita darle continuidad a la prestación de dicho servicio en la región Caribe y atendiendo que es para esta región la facultad otorgada por el artículo 318 de la Ley 1955 de 2019, se hace necesario adoptar medidas transitorias de manera inmediata, por lo cual el proyecto de acto administrativo a consideración de este Ministerio, está exceptuado de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, con base en lo prescrito en el literal b) del artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015.

## **8. PUBLICIDAD**

En atención a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, y en concordancia con lo previsto en el artículo 2. 1.2. 1. 14 del Decreto 1081 de 2015 y lo establecido en las resoluciones 4 0310 y 4 1304 de 2017 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía, el proyecto de decreto se publicó junto con la presente memoria justificativa o soporte técnico, en la página web del Ministerio de Minas y Energía para comentarios del público entre los días 9 y 10 de septiembre de 2020.

## **9. CONCEPTO DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

No aplica por cuanto el presente proyecto de decreto no establece nuevos trámites como lo dispone el artículo 2.1.2.1.11 del Decreto 1609 de 2015.

## **10. MATRIZ RESUMEN OBSERVACIONES Y COMENTARIOS**

La matriz con el resumen de las observaciones y comentarios recibidos sobre el proyecto normativo hace parte de esta memoria justificativa.

## **11. INFORME GLOBAL DE LAS OBSERVACIONES Y COMENTARIOS**



El informe global con la evaluación, por categorías, de las observaciones y comentarios de los ciudadanos y grupos de interés hacen parte de esta memoria justificativa y se encuentran contenidos en un solo documento con la matriz de que trata el numeral 10.

**JULIÁN ANTONIO ROJAS ROJAS.**  
Jefe de la Oficina de Asuntos Regulatorios  
Jurídica  
y Empresariales

**LUCAS ARBOLEDA HENAO**  
Jefe de la Oficina Asesora