

Bogotá, D.C.
1007

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 23-566732- -5-0 FECHA: 2024-01-31 18:19:01
DEP: 1007 G.TR.ABOGA DECOMPE.A EVE: 0 SINEVENTO
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA FOLIOS:12
ACT: 440 RESPUESTA

Doctor

JUAN CARLOS BEDOYA CEBALLOS

Jefe de la Oficina de Asuntos Regulatorios y Empresariales

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

jcbedoya@minenergia.gov.co

menenergia@minenergia.gov.co

contactomme@minenergia.gov.co

Asunto: Radicación: 23-566732- -5-0

Trámite: 396

Evento: 0

Actuación: 440

Folios: 12

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (artículo 7 Ley 1340 de 2009) frente al proyecto de resolución “Por la cual se establecen lineamientos sobre la modificación de Fecha de Puesta en Operación (FPO) y las Garantías para los proyectos de generación, cogeneración, autogeneración, contratos de suministro de energía a largo plazo y almacenamiento de energía con baterías y se adoptan otras disposiciones” (en adelante, el **proyecto**).

Respetado Doctor:

En respuesta a la comunicación enviada el 22 de diciembre de 2023¹ por el Ministerio de Minas y Energía (en adelante **MME**), la Superintendencia de Industria y Comercio rinde concepto de abogacía de la competencia sobre el **proyecto** en los siguientes términos: primero, se expondrán los antecedentes normativos de la iniciativa regulatoria. Segundo, se referirán las razones presentadas por el regulador para la expedición del **proyecto**. Tercero, se hará una descripción de las reglas del **proyecto** que son relevantes para el presente análisis. Cuarto, se presentará el respectivo análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica y, por último, se formularán algunas recomendaciones.

¹ La solicitud inicial fue objeto de requerimiento de información el 28 de diciembre de 2023 por parte del Grupo de Trabajo de Abogacía de la Competencia. A través de dicho requerimiento, se le solicitó al Ministerio del Interior aportar los estudios técnico-económicos. El Grupo de Trabajo de Abogacía de la Competencia recibió la respuesta al requerimiento formulado el pasado 17 de enero de 2024, en la que el Ministerio de Minas y Energía aportó los documentos.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

1.1. Ley 143 de 1994²

El artículo 12 establece que la planeación de la expansión del sistema interconectado nacional se realizará a corto y largo plazo, con el propósito de que la demanda sea atendida de manera suficiente. Además, esta disposición también busca que los planes para atender la demanda cumplan con los requerimientos de calidad, confiabilidad y seguridad determinados por el **MME** y que los proyectos propuestos sean técnica, ambiental y económicamente viables. Sobre esta base, el artículo 18 de esta Ley establece que el **MME** tiene la competencia de definir los planes de expansión de la generación y los criterios para orientar el planeamiento de la transmisión y la distribución de los recursos energéticos para la satisfacción de la demanda nacional de electricidad.

1.2. Ley 1715 de 2014³

El artículo 1 dispone que se debe promover el desarrollo y la utilización de fuentes no convencionales de energía, sistemas de almacenamiento de tales fuentes y uso eficiente de la energía. Principalmente, se promueve el uso de fuentes de carácter renovable para la integración al mercado eléctrico y la prestación de servicios públicos domiciliarios y de alumbrado público y en otros usos energéticos. Esto, con el fin de reducir los efectos de las emisiones de gases de efecto invernadero.

1.3. Resolución MME No. 40590 de 2019⁴, modificada por las Resoluciones MME 40678 de 2019⁵, MME 40141 de 2021⁶ y MME 40345 de 2021⁷

Por medio de la Resolución **MME** No. 40590 de 2019 se establecieron reglas para la implementación de un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.8.7.1 del Decreto 1073 de 2015, adicionado por el Decreto 0570 de 2018⁸.

Para empezar, en el artículo 14 de la Resolución **MME** No. 40590 de 2019 se estableció que la Subasta será el mecanismo para la contratación de largo plazo

² 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.

³ Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional.

⁴ Por la cual se define e implementa un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista en cumplimiento de los objetivos establecidos en el Decreto número 0570 de 2018.

⁵ Por la cual se modifica la Resolución 40590 de 2019.

⁶ Por la cual se modifica la Resolución MME 40590 de 2019.

⁷ Por la cual se modifica la Resolución MME 40590 de 2019.

⁸ El Decreto 0570 de 2018 fue declarado nulo por el Consejo de Estado el 14 de junio de 2023. Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2018-00164-00(62492).

para proyectos de generación de energía eléctrica en el Mercado de Energía Mayorista. El resultado de la Subasta será un contrato de energía a largo plazo entre cada vendedor y comprador que haya sido adjudicado en dicho proceso⁹. En el contrato se establecerán, entre otras cosas: (i) la cantidad de energía en kilovatios hora [kWh]; (ii) el precio del contrato; y (iii) el período de suministro. En relación con el periodo de suministro, el artículo 8 establece que este corresponde a cualquier periodo entre diez (10) y veinte (20) años a partir de la fecha de inicio de las obligaciones de suministro de energía y que dicho periodo será definido por el **MME** para cada Subasta dentro del referido intervalo de tiempo.

De igual forma, en el capítulo VI de la Resolución **MME** 40590 de 2019, modificado mediante Resoluciones **MME** 40678 de 2019 y **MME** 40141 de 2021, se definieron las garantías requeridas para la implementación y ejecución de la Subasta, así como los principios a los cuales las garantías deben sujetarse. Dentro de las garantías requeridas se encuentra la garantía de seriedad de la oferta por parte de los interesados, la garantía de cumplimiento, la garantía de pago y la garantía de puesta en operación. En relación con esta última, el artículo 36 de esta resolución dejó en cabeza de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (**CREG**) la definición de la garantía asociada a la entrada en operación comercial de los proyectos de generación adjudicados en el mecanismo de Subasta.

1.4. Resolución MME 40591 de 2019¹⁰ y Resolución MME 40179 de 2021¹¹

Mediante la Resolución **MME** 40591 del 9 de julio de 2019 se ordenó la convocatoria para la subasta de contratación de largo plazo de energía eléctrica CLPE No. 02-2019. El periodo de suministro para los contratos de energía a largo plazo adjudicados en esta Subasta es de 15 años y la fecha de inicio de las obligaciones de suministro de energía eléctrica sería el 1 de enero del 2022.

Por su parte, mediante la Resolución **MME** 40179 del 10 de junio de 2021 se ordenó la convocatoria para la subasta de contratación de largo plazo de energía eléctrica CLPE No. 03-2021. El periodo de suministro para los contratos de energía a largo plazo adjudicados en esta Subasta es de 15 años y la fecha de inicio de las obligaciones de suministro de energía eléctrica sería el 1 de enero de 2023.

⁹ Artículo 8. Resolución **MME** No. 40590 de 2019

¹⁰ Por la cual se convoca a la subasta de contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación.

¹¹ Por la cual se convoca a la subasta de contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación.

1.5. Resolución CREG 107 de 2019¹² y Resolución CREG 186 de 2021¹³

La Resolución **CREG** 107 de 2019 definió la garantía de puesta en operación comercial que debían entregar los vendedores adjudicados para garantizar las obligaciones adquiridas en la Subasta CLPE No. 02-2019 convocada mediante Resolución **MME** 40591 de 2019.

Por su parte, la Resolución **CREG** 186 de 2021 definió las garantías asociadas a la puesta en operación comercial de los proyectos de generación, la cual es de estricto cumplimiento para los vendedores que resultaron adjudicados en la Subasta CLPE No. 03-2021 convocada mediante la Resolución **MME** 40179 de 2021. Además, en esta resolución también se definieron condiciones especiales de aplicación a las garantías de puesta en operación constituidas.

1.6. Resolución CREG 98 de 2019¹⁴, modificada por la Resolución CREG 70 de 2021¹⁵

El principal objetivo de este acto administrativo fue la definición de los procesos para que las personas interesadas instalen sistemas de almacenamiento de energía eléctrica con baterías (**SAEB**), con el propósito de mitigar inconvenientes presentados por la falta o insuficiencia de redes de transporte de energía en el Sistema de Transmisión Nacional (STN) o en algún Sistema de Transmisión Regional (STR). De igual forma, estableció que la Unidad de Planeación Minero-Energética (**UPME**) sería la responsable de adelantar dicho proceso de selección mediante invitación abierta.

La **UPME** adjudicó el diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de **SAEB** en el departamento del Atlántico mediante convocatoria pública **UPME** STR 01 – 2021.

2. RAZONES PRESENTADAS POR EL REGULADOR PARA LA EXPEDICIÓN DEL PROYECTO

El **MME** identificó como problemática el elevado costo de las garantías de puesta en operación comercial para algunas empresas, lo cual ha causado diversos problemas en su operación, especialmente relacionados con sobrecostos. Además, identificó la necesidad de modificar su Fecha de Puesta en Operación

¹² Por la cual se define la garantía de puesta en operación comercial que deben entregar los vendedores que resulten adjudicados en el mecanismo definido en la Resolución número 40590 de 2019 del Ministerio de Minas y Energía.

¹³ Por la cual se define la garantía de puesta en operación comercial que deben entregar los vendedores que resulten adjudicados en el mecanismo definido en la Resolución 40590 de 2019 del Ministerio de Minas y Energía y convocado por la Resolución 40179 de 2021 del Ministerio de Minas y Energía y se adoptan otras disposiciones.

¹⁴ Por la cual se definen los mecanismos para incorporar sistemas de almacenamiento con el propósito de mitigar inconvenientes presentados por la falta o insuficiencia de redes de transporte de energía en el Sistema Interconectado Nacional.

¹⁵ Por la cual se hacen ajustes a la Resolución CREG 098 de 2019, relacionada con sistemas de almacenamiento de energía eléctrica.

(FPO)¹⁶ debido a que algunos proyectos de generación de Fuentes No Convencionales de Energías Renovables (**FNCRE**) presentan retrasos por diversas circunstancias, tales como la alteración del orden público, dificultades en la ejecución de consultas previas y dificultades en la obtención de permisos y licencias.

Para entender la problemática detectada es importante resaltar que, en el marco de las subastas, el artículo 8 de la Resolución **CREG** 186 de 2021 establece los ajustes que deberán realizarse al valor de la cobertura y vigencia de las garantías en el caso de que no se realice la entrada en operación comercial de los proyectos en el tiempo estimado según la Fecha de Verificación de Puesta en Operación Comercial Inicial (**FVPO** Inicial)¹⁷, tal y como se observa en la siguiente tabla¹⁸.

Tabla No. 1. Modificación de las garantías por la no entrada en operación de los proyectos

Verificación FVPO	Valor cobertura	Vigencia garantía
FVPO Inicial	+ 20%	Prorroga por 9 meses a partir de la FVPO inicial
FVPO Inicial + 6 meses	+ 30%	Prorroga por 15 meses a partir de la FVPO inicial
FVPO Inicial + 12 meses	+ 40%	Prorroga por 21 meses a partir de la FVPO inicial
FVPO Inicial + 18 meses	+ 50%	Prorroga por 27 meses a partir de la FVPO inicial

Fuente: Elaboración SIC con base en Resolución CREG 186 de 2021, artículo 8°

Por otra parte, el artículo 17 de la Resolución **CREG** 075 de 2021 define los eventos en los cuales los desarrolladores de proyectos para usuarios finales pueden solicitar ante la **UPME** la modificación de la **FPO**. Los eventos son los siguientes: (i) por razones de fuerza mayor; (ii) cuando por razones de orden público el desarrollo del proyecto presenta atrasos; (iii) atrasos en la obtención de permisos, licencias, trámites o causas ajenas; (iv) cuando obras de expansión del Sistema Interconectado Nacional (**SIN**) tengan atrasos que no permiten la entrada de operación del proyecto; y (v) cuando haya retrasos en el proyecto que impidan el cumplimiento de la **FPO** y, de acuerdo con los informes de seguimiento, se determine que el avance del proyecto supera el 60%.

Como se advirtió, el **MME** identificó que algunos de los proyectos de generación de **FNCR** presentan retrasos por diversas circunstancias como alteración del

¹⁶ La fecha de puesta en operación establecida en el concepto de conexión define el plazo máximo en el que debe entrar en operación el proyecto, como dispone el artículo 16 de la Resolución CREG 075 de 2021. CREG. Concepto 932 de 2022.

¹⁷ La fecha de verificación de puesta en operación comercial inicial corresponde a la fecha de inicio de las obligaciones de suministro de energía eléctrica como dispone el artículo 2 de la Resolución CREG 186 de 2021.

¹⁸ La primera columna evidencia la fecha de verificación de puesta en operación comercial (**FVPO**) inicial, la segunda columna presenta el incremento del valor de la cobertura ante el incumplimiento de puesta en operación, y finalmente la tercera columna indica los meses prorrogados de la vigencia de la garantía.

orden público, dificultades en la ejecución de consultas previas y dificultades en la obtención de permisos y licencias ambientales, entre otros. Estos inconvenientes han generado limitaciones en el financiamiento, iliquidez y aumentos considerables en el valor de la cobertura y la vigencia de las garantías. De igual forma, estos inconvenientes han generado la necesidad de que los desarrolladores de proyectos soliciten la modificación de su **FPO**. Lo anterior conlleva a que el adjudicatario experimente las consecuencias en la discrepancia de los tiempos de respuesta de la **UPME** para las solicitudes de cambio de las **FPO** y los tiempos estipulados por la **CREG** para que el adjudicatario realice los ajustes al valor de la cobertura y la vigencia de la garantía.

Así mismo, en los proyectos de energía eléctrica con baterías también se estaría presentando la misma problemática por el aumento de los costos de las garantías y sobrecostos asociados con los demás equipos necesarios para operar el **SAEB**.

En ese sentido, el **MME** pretende solucionar las siguientes problemáticas:

- i. Las dificultades en la modificación de la **FPO** por parte de los generadores, cogeneradores y auto generadores, en especial generadores de **FCNER**.
- ii. El incremento al valor de la cobertura y la vigencia de la garantía según fueron definidos en la normativa para las subastas CLPE 02-2019 y CLPE 03-2021, ocasionado por la no respuesta de modificación de las solicitudes de cambio de las **FPO** por parte de la **UPME** en tiempos similares a los estipulados por la **CREG** para los respectivos ajustes de valores de las garantías por no entrada en operación. Lo mismo para los proyectos de almacenamiento de energía con baterías adjudicados en convocatoria UPME STR 01 –2021.
- iii. Retrasos efectivos en la entrada en operación de los proyectos por cuenta de los puntos mencionados, en aras de asegurar la continuidad en la prestación del servicio, la protección al usuario y promover la transición energética justa.

3. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

El **proyecto** pretende flexibilizar y eliminar, en ciertas circunstancias, el aumento del valor de la cobertura y la vigencia de la garantía. El propósito de estas medidas es facilitar la entrada en operación de proyectos de **FNCE** y garantizar la prestación del servicio de energía para, de ese modo, proteger al usuario y promover la transición energética.

En particular, el artículo 6 del **proyecto** pretende que la **CREG** adopte unas medidas urgentes transitorias para robustecer la estabilidad de la transición energética justa. Dentro de estas medidas se encuentran dos: de un lado, (i) aligerar y ajustar de forma transitoria los requerimientos de la Capacidad de Respaldo de Operaciones en el Mercado Mayorista de Energía Eléctrica

(CROM)¹⁹. De otro lado, (ii) implementar medidas de manera transitoria para las empresas cuyas garantías de proyectos fueron ejecutadas o están a punto de ser ejecutadas como consecuencia de la aplicación del artículo 17 de la Resolución CREG 186 de 2021 y el artículo 18 de la Resolución CREG 107 de 2019. El propósito de estas medidas es garantizar el desarrollo de los proyectos de generación y los contratos de suministro de energía a largo plazo.

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

Esta Superintendencia se pronunciará sobre algunos aspectos del proyecto que resultan relevantes desde la perspectiva de la libre competencia económica.

4.1. Facultad de las partes que hayan suscrito un contrato con ocasión de las subastas CLPE No. 02-2019 y CLPE No. 03-2021 para modificar y ampliar el contrato

4.1.1. Regla propuesta

El artículo 3 del **proyecto** adiciona un párrafo transitorio al artículo 13 de la Resolución **MME** 40590 de 2019, modificado por artículo 4 de la Resolución **MME** 40141 de 2021. El párrafo transitorio propuesto en el **proyecto** es el siguiente:

“Párrafo Transitorio: En los Contratos de Suministro de Energía Media Anual a Largo Plazo suscritos con ocasión de las Subastas CLPE No. 02- 2019 y 03-2021, las partes podrán libremente y de común acuerdo negociar la suspensión de la obligación de suministro energía y modificar las condiciones del contrato.

En el evento de modificar la vigencia del contrato las partes no podrán reducirlo más allá del término inicialmente establecido, pero sí podrán extenderlo por un término mayor. Así mismo las partes podrán suscribir contratos coligados a los contratos referidos y ejecutar cesiones de contratos.

La negociación de la suspensión o modificación a la que se refiere este artículo no requerirá autorización del Ministerio de Minas y Energía”.

¹⁹ La CROM es una medida de prevención importante del Mercado de Energía Mayorista (MEM) la cual busca garantizar que cada uno de los agentes se encuentre en capacidad de responder por los riesgos derivados de sus operaciones en el mercado y por consiguiente blindar al MEM ante un riesgo sistémico. Lo anterior se continúa evidenciando año a año, muestra de ello es la no materialización de eventos de esta naturaleza posterior a su implementación. Adicionalmente, el resultado de la Capacidad de Respaldo del total de los agentes garantiza la cobertura de la demanda total del sistema. XM. Disponible en: <https://informeanual.xm.com.co/2020/informe/pages/xm/22-capacidad-de-respaldo-de-las-operaciones-en-el-mercado-crom.html#:~:text=La%20CROM%20es%20una%20medida,MEM%20ante%20un%20riesgo%20sist%C3%A9mico.>

Como se observa, en este párrafo se establece que en los contratos de suministro suscritos con ocasión de las subastas CLPE No. 02-2019 y 03-2021, las partes podrán libremente y de común acuerdo negociar la suspensión de la obligación de suministro de energía. Adicionalmente, el inciso 2 de este mismo artículo establece que las partes pueden modificar las condiciones del contrato extendiendo la vigencia de este por un término mayor del previamente establecido, suscribir contratos coligados a los contratos referidos y ejecutar cesiones de contratos.

4.1.2. Consideraciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

De conformidad con el artículo 7 de la de la Resolución **MME** 40590 de 2019, la subasta es el *“mecanismo definido por el Ministerio de Minas y Energía que promueve la contratación de largo plazo de energía eléctrica y es un proceso competitivo donde interactúan los Compradores y Vendedores para asignar cantidades y formar precios, que reflejan los costos de la oferta y la disponibilidad a pagar de la demanda”*. En este sentido, se resalta que el proceso de subasta tiene como finalidad asignar cantidades y formar precios de compra y venta del Mercado de Energía Mayorista privilegiando la libre competencia.

A juicio de esta Superintendencia, el párrafo introducido con el artículo 3 del **proyecto** podría generar el riesgo de desvirtuar o dejar sin efecto el proceso competitivo y las reglas derivadas del mecanismo de subasta, en particular en los procesos de Subastas CLPE No. 02-2019 y CLPE No. 03-2021. Ciertamente, la regla propuesta prevé la posibilidad de extender la vigencia del contrato por un término mayor al inicialmente pactado. Al crear una regla que habilita ampliar el término del contrato de forma indefinida se podría generar un riesgo a la competencia en el largo plazo, en tanto estaría desvirtuando el proceso de subasta y, con esto, eliminando las presiones competitivas derivadas de este tipo de procesos. Lo anterior, porque la ampliación del término a discreción de las partes podría perpetuar las posiciones de los adjudicatarios actuales en el mercado, limitando a futuros oferentes para participar en este tipo de subastas.

En este sentido, la regla descrita podría eliminar los incentivos para la innovación y la eficiencia en la generación de energía, crearía barreras de entrada para nuevos participantes al mercado de las **FN CER** y podría establecer condiciones desiguales para los diferentes mercados de distribución eléctrica (usuarios regulados y no regulados)²⁰. Lo anterior, porque al darles la opción a los adjudicatarios de perpetuar de forma indefinida la vigencia de sus contratos, se eliminaría la necesidad de convocar nuevos procesos de subasta para suplir las necesidades de generación de energía a partir de las **FN CER**.

²⁰ Como sucedió en el mercado Peruano con la sanción del Indecopi a Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Norte S.A. (Ensa) por abuso de posición de dominio: “en la modalidad de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en el mercado de suministro de *energía eléctrica*”. Resolución 042/2021/ CLC- Indecopi. Expediente 003-2019/CLC. Consultado en: https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/doc_202108021826458729_unlocked.pdf

En conclusión, es recomendable limitar el término por el cual podrá ser modificada la vigencia del contrato, de manera que se promuevan nuevos procesos cuando cumplan el plazo establecido.

4.2. Medidas transitorias de una regulación posterior de la CREG

4.2.1 Reglas propuestas

El artículo 6 del **proyecto** presenta las medidas que la **CREG** evaluará para robustecer la estabilidad de la transición energética. El numeral primero busca la suspensión, de forma transitoria, de la obligación de ajustar el valor de las garantías de acuerdo con la normativa correspondiente de la **CREG**. En este mismo sentido, el numeral segundo busca extender, de forma transitoria, los plazos para constituir las garantías de la asignación de capacidad de transporte asignada para los proyectos clase 1²¹.

El numeral tercero pretende aligerar, de forma transitoria, los requerimientos de Capacidad de Respaldo de Operaciones en el Mercado Mayorista de Energía Eléctrica (**CROM**) para las empresas cuyas garantías de proyectos fueron ejecutadas como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente de la **CREG**. De igual forma, el numeral cuarto busca ajustar los requerimientos de **CROM** y las restricciones de limitación de suministro para los contratos de suministro de energía media anual a largo plazo.

Así mismo, el numeral quinto dispone incentivar, de manera transitoria, a las empresas cuyas garantías de proyectos fueron ejecutadas como consecuencia de la aplicación del artículo 17 de la Resolución CREG 186 de 2021 y el artículo 18 de la Resolución CREG 107 de 2019. Finalmente, el numeral sexto establece que se podrá implementar cualquier otra medida de carácter transitorio dirigida a promover la viabilidad y la ejecución oportuna de los proyectos de **FNCER**, especialmente aquellos relacionados con las Subastas CLPE No. 02-2019 y CLPE 03- 2021.

4.2.2. Consideraciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las reglas propuestas, esta Superintendencia encuentra que el numeral primero se alinea con las propuestas que presenta el **proyecto**, por lo que guarda continuidad con el propósito definido en el mismo. En igual sentido, el numeral segundo guarda relación con las condiciones que se fijan en los proyectos de generación de energía, razón por la cual se encuentra que este numeral es pertinente, pues hace referencia a las medidas transitorias que se pretenden acoger frente a las garantías de los proyectos de generación, cogeneración y autogeneración.

²¹ Proyecto clase 1: proyectos de conexión de usuarios finales al STN o STR, y proyectos de conexión de generación, cogeneración o autogeneración al SIN diferentes a los proyectos que se encuentren bajo el alcance de la Resolución CREG 030 de 2018, o aquella que la modifique, adicione o sustituya. También se considerarán como proyectos clase 1 las modificaciones que se soliciten a las capacidades ya asignadas.

Ahora bien, el numeral tercero no define las acciones o posibles medidas a adoptar para “aligerar” los requerimientos de **CROM**. Es decir, el regulador no es claro en establecer si dichos requerimientos se van a suprimir o de qué forma van a atenuarse. Este punto es importante, ya que a través de la **CROM** se busca garantizar que cada uno de los agentes se encuentre en capacidad de responder por los riesgos derivados de sus operaciones en el mercado y, por consiguiente, blindar al Mercado de Energía Mayorista ante un riesgo sistémico. De igual forma, en el numeral cuarto no se encuentra definido cuáles serán los ajustes que se pretenden realizar a los requerimientos de **CROM**, ni en las restricciones de limitación de suministro.

Por otro lado, el numeral quinto —que pretende que la **CREG** realice unos incentivos a las empresas cuyas garantías fueron ejecutadas— no establece cuál será el mecanismo idóneo, como tampoco los lineamientos para que se entreguen dichos incentivos. Esta situación resulta ser determinante de cara a la libre competencia, porque podría enviar una mala señal al mercado. Lo anterior, porque dichos incentivos podrían ocasionar el establecimiento de tratos diferenciados injustificados.

En relación con las preocupaciones frente al establecimiento de medidas transitorias, se identificaron comentarios de terceros relacionados con la necesidad de establecer los plazos para las etapas del procedimiento previsto en el **proyecto**. Particularmente, un tercero indicó que *“consideramos fundamental que, para otorgar los beneficios a los proyectos con garantías ejecutadas, deba demostrarse la debida diligencia realizada por el desarrollador, evitando de esta manera la posibilidad de incurrir en un abuso de las medidas propuestas por negligencias en los proyectos”*²².

Efectivamente, se identifica la necesidad de establecer un mecanismo de incentivos adecuado, ya que los mismos pueden generar dependencia de las empresas que los reciben²³, pues en el caso de que los incentivos creados sean monetarios se podría desincentivar a que las beneficiadas se vuelvan financieramente viables en un futuro. Además, esto podría llevar a una distorsión en la competencia, pues podría generar el incentivo para que estas empresas se vuelvan menos eficientes o innovadoras si se apoyan en los incentivos en lugar de competir en el mercado por méritos propios. En ese sentido, es importante diseñar e implementar incentivos de manera idónea y transparente, asegurándose de que no distorsionen la competencia justa en el mercado y que fomenten un ambiente equitativo para todos los agentes del mercado.

Finalmente, esta Superintendencia informa que cualquier medida adicional —en virtud de lo dispuesto en el numeral sexto de la regla— que sea adoptada por la **CREG**, debe pasar nuevamente por el trámite de abogacía de la competencia de

²² Comentario No. 8 del informe de observaciones realizadas al proyecto por terceros interesados.

²³ Cottarelli, C, et al. (2013). *Energy subsidy reform: Lessons and implications*. International Monetary Fund. Consultado en: <http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2013/012813.pdf>

la Superintendencia, con el fin de evaluar su alcance de cara a los postulados de la libre competencia económica.

En virtud de lo expuesto, esta Superintendencia recomendará al regulador aclarar y delimitar lo relacionado con los numerales 3 y 4 del artículo 6 del **proyecto**. En concreto, lo relacionado con aligerar y ajustar los requerimientos de **CROM**. De igual forma, recomendará establecer en el **proyecto** cual será el mecanismo y los lineamientos por los cuales serán otorgados los incentivos a las empresas cuyas garantías de proyectos fueron ejecutadas como consecuencia de la aplicación del artículo 17 de la Resolución CREG 186 de 2021 y el artículo 18 de la Resolución CREG 107 de 2019.

4.3. Otras recomendaciones

La Superintendencia también advierte que las medidas consagradas en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del **proyecto** no cuentan con una regla de transitoriedad. Esa regla de transitoriedad sería relevante y necesaria para el **proyecto**, ya que precisamente las medidas que se proponen se sustentan en una serie de hechos concretos que se alinearon en un momento determinado y estarían afectando los objetivos de tener una matriz energética más estable. Así las cosas, una vez se superen estas circunstancias —como lograr la coordinación interinstitucional necesaria o que los proyectos **FN CER** logren entrar en operación comercial—, la justificación para la toma de las medidas estipuladas en el **proyecto** perdería su base. Por lo tanto, se recomendará que se establezca un periodo concreto para la vigencia de las reglas propuestas y que las mismas sean evaluadas al finalizar cada periodo para establecer la pertinencia de su continuidad.

Finalmente, es importante que el regulador evalúe las consecuencias de la declaratoria de nulidad del Decreto 570 de 2018 por el Consejo de Estado el 14 de junio de 2023²⁴. Lo anterior, debido a que la nulidad de dicho Decreto podría ocasionar el decaimiento de la Resolución **MME** 40590 de 2019 y de todos los actos administrativos que la modifiquen o adicionen por la desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho (núm. 2, art. 91 CPACA). Al respecto, debe tenerse en cuenta que la resolución referida se expidió teniendo en cuenta los objetivos establecidos en el Decreto 570 de 2018, relacionados con el establecimiento de lineamientos de política pública para definir e implementar un mecanismo que promueva la contratación de largo plazo para los proyectos de generación de energía eléctrica y que sea complementario a los mecanismos existentes en el Mercado de Energía Mayorista.

5. RECOMENDACIONES

Por las razones que fueron expuestas, la Superintendencia recomienda al **MME**:

- Frente al artículo 3 del proyecto: **Limitar** el término por el cual podrá ser modificada la vigencia del contrato.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente No. 11001-03-26-000-2018-00164-00(62492) del 14/06/2023, Consejero Ponente Dr. Guillermo Sánchez Luque.

- En relación el artículo 6 del **proyecto**: (i) **Aclarar** lo relativo al alcance del verbo “aligerar” establecido en el numeral 3 del artículo 6. (ii) **Delimitar** los ajustes que se deben realizar a los requerimientos de **CROM**, de acuerdo con lo establecido en el numeral del artículo 6. (iii) **Establecer** cuál será el mecanismo idóneo y los lineamientos por los cuales serán otorgados los incentivos a las empresas cuyas garantías de proyectos fueron ejecutadas como consecuencia de la aplicación del artículo 17 de la Resolución CREG 186 de 2021 y el artículo 18 de la Resolución CREG 107 de 2019, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 6.
- En relación con los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del proyecto: **Definir** un periodo concreto para la vigencia de las reglas propuestas y que las mismas sean evaluadas al finalizar cada periodo para establecer la pertinencia de su continuidad.
- Evaluar las consecuencias de la declaratoria de nulidad del Decreto 570 de 2018.

Finalmente, agradecemos al **MME** que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico grabogacia@sic.gov.co

Cordialmente,

FRANCISCO MELO RODRIGUEZ
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Lo invitamos a evaluar su experiencia como regulador en el marco del trámite de Abogacía de la Competencia, en el siguiente enlace:



<https://forms.office.com/r/hc8zeFi5fE>

