

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 18-332125- -1-0 FECHA: 2018-12-21 15:06:09
DEP: 1007 DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE EVE: SIN EVENTO
DELEGAD
TRA: 396 ABOGACIA COMPETENCIA FOLIOS: 8
ACT: 440 RESPUESTA

Bogotá D.C.

1007

Doctora
MARÍA FERNANDA SUÁREZ LONDOÑO
Ministra de Minas y Energía
MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA
CALLE 43 # 57-31 CAN
BOGOTA D.C. COLOMBIA

Asunto: Radicación: 18-332125- -1-0
 Trámite: 396
 Evento:
 Actuación: 440
 Folios: 8

Referencia: Concepto de abogacía de la competencia (Artículo 7 - Ley 1340 de 2009).
 Proyectos de resolución: 1. “*Por la cual se modifica la Resolución 4 0791 de 2018*” y 2. “*Por la cual se convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación*” (en adelante “**Proyecto 1**” y “**Proyecto 2**”, respectivamente).

Respetada Doctora Suárez:

En relación con la comunicación radicada con el número 18-332125 el día 11 de diciembre de 2018, esta Superintendencia rinde concepto sobre los proyectos indicados en la referencia, remitidos por el Ministerio de Minas y Energía (en adelante el “**Ministerio**”), para lo cual se describirá el fundamento legal de la abogacía de la competencia, se hará un recuento de los antecedentes, se presentará un resumen de los proyectos, se adelantará el correspondiente análisis desde la perspectiva de la libre competencia económica y por último, se harán las recomendaciones a las que haya lugar.

1. FUNDAMENTO LEGAL

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Capítulo 30 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, “...*la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir (...)*”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de una autoridad de regulación de las obligaciones del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 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 de regulación por expedición irregular 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”¹ (Subrayado y destacado fuera de texto).

Esta posición, fue reiterada recientemente por el Consejo de Estado mediante Auto de fecha 30 de abril de 2018, al señalar que el efecto jurídico de expedir actos administrativos con fines de regulación con incidencia en la libre competencia sin el concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio, es el de la *“nulidad del acto por expedición de forma irregular y con violación de las normas en que deben fundarse”²*.

Así mismo, es importante destacar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015, la autoridad de regulación, a efectos de dar cumplimiento con el trámite de abogacía de la competencia:

“(…) deberá dejar constancia expresa en la parte considerativa [del acto administrativo] acerca de si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio o no y si esta emitió concepto o no.” (Subrayado y destacado fuera de texto).

Así pues, en la parte considerativa de un acto administrativo con fines de regulación que tenga cualquier tipo de incidencia en la libre competencia, deberá indicarse (i) si se consultó a la Superintendencia en sede de abogacía de la competencia; y (ii) si la Superintendencia emitió concepto o no.

2. REGULACIÓN PROPUESTA

2.1. Antecedentes

- **Ley 143 de 1994**

Por medio de esta ley se estableció el régimen para las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica³, régimen en el

¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

² Consejo de Estado, Auto del 30 de abril de 2018 que decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 2163 de 2016 *“Por la cual se reglamenta el Decreto 2297 de 2015 y se dictan otras disposiciones”*, expedida por el Ministerio de Transporte. Radicado: 11001-03-24-000-2016-00481-00.

³ Ley 143 de 1994, artículo 1.

cual, el Ministerio se encuentra facultado para definir los criterios para el aprovechamiento económico de las fuentes convencionales⁴ y no convencionales⁵ “... dentro de un manejo **integral eficiente y sostenible de los recursos energéticos del país, y promoverá el desarrollo de tales fuentes** y el uso eficiente y racional de la energía por parte de los usuarios”⁶ (Destacado fuera de texto).

El artículo 3 de esta ley determina que le corresponde al Estado “*promover la libre competencia en las actividades del sector*”⁷, “*impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado*”⁸, entre otras.

Adicionalmente, dentro de sus objetivos incluye el abastecimiento de la demanda “*bajo criterios económicos y de viabilidad financiera, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos del país*”⁹ y “*asegurar una operación eficiente, segura y confiable en las actividades del sector*”¹⁰ (destacado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 6 de esta ley señala como principios de las actividades del sector la **eficiencia**¹¹, la calidad, la continuidad, la **adaptabilidad**¹², la neutralidad, la solidaridad y la equidad. Adicionalmente, el artículo 11 establece una serie de definiciones generales para interpretar y aplicar la ley, entre las que se incluyen: mercado mayorista¹³, sistema interconectado nacional¹⁴, usuario regulado¹⁵ y usuario no regulado¹⁶.

⁴ Ley 1715 de 2014, artículo 5 numeral 15: “Fuentes convencionales de energía. Son aquellos recursos de energía que son utilizados de forma intensiva y ampliamente comercializados en el país”.

⁵ Ley 1715 de 2014, artículo 5 numeral 16: “Fuentes No Convencionales de Energía (FNCE). Son aquellos recursos de energía disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran FNCE la energía nuclear o atómica y las FNCE. Otras fuentes podrán ser consideradas como FNCE según lo determine la UPME”.

⁶ Ley 143 de 1994, artículo 2.

⁷ Ley 143 de 1994, artículo 3, literal a.

⁸ Ley 143 de 1994, artículo 3, literal b.

⁹ Ley 143 de 1994 artículo 4, literal a.

¹⁰ Ley 143 de 1994, artículo 4, literal b.

¹¹ Ley 143 de 1994, artículo 6, inciso 2: “El principio de eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico”.

¹² Ley 143 de 1994, artículo 6, inciso 5 “El principio de adaptabilidad conduce a la incorporación de los avances de la ciencia y de la tecnología que aporten mayor calidad y eficiencia en la prestación del servicio al menor costo económico”.

¹³ Ley 143 de 1994, artículo 11: “Mercado mayorista: es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación”.

¹⁴ *Ibid.*: “Sistema interconectado nacional: es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: **las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios**” (destacado fuera de texto).

Otro aspecto importante de esta norma se encuentra en el artículo 12, donde se lee:

“La planeación de la expansión del sistema interconectado nacional se realizará a corto y largo plazo, de tal manera que los planes para atender la demanda sean lo suficientemente flexibles para que se adapten a los cambios que determinen las condiciones técnicas, económicas, financieras y ambientales; que cumplan con los requerimientos de calidad, confiabilidad y seguridad determinados por el Ministerio de Minas y Energía; que los proyectos propuestos sean técnica, ambiental y económicamente viables y que la demanda sea satisfecha atendiendo a criterios de uso eficiente de los recursos energéticos”.

Además, el artículo 20 fija como objetivo básico en materia de regulación, asegurar la adecuada prestación del servicio a través del aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, para beneficiar al usuario mediante la promoción de la competencia, así como la creación y preservación de las condiciones que lo hagan posible.

- **Ley 1715 de 2014**

El objeto de esta ley es **“promover el desarrollo y la utilización de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en el sistema energético nacional, mediante su integración al mercado eléctrico, su participación en las zonas no interconectadas y en otros usos energéticos como medio necesario para el desarrollo económico sostenible, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la seguridad del abastecimiento energético”**¹⁷ (Destacado fuera de texto).

En ella se establece el marco legal, así como los instrumentos para la promoción y aprovechamiento de las fuentes no convencionales de energía, fomento de la inversión para la investigación y desarrollo de energías limpias¹⁸. Dentro de las finalidades de esta norma se incluyen la de “[i]ncentivar la penetración de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable en el sistema energético colombiano, la eficiencia energética y la respuesta de la demanda en todos los sectores y actividades, con criterios de sostenibilidad medioambiental, social y económica”¹⁹ y “[e]stimular la inversión, la investigación y el desarrollo para la producción y utilización de energía a partir de fuentes no

¹⁵ Ibíd.: “Usuario regulado: persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas”.

¹⁶ Ibíd.: “Usuario no regulado: persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 MW por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada”.

¹⁷ Ley 1715 de 2014, artículo 1.

¹⁸ Ley 1715 de 2014, artículo 2.

¹⁹ Ley 1715 de 2014, artículo 2, literal b.

*convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, mediante el establecimiento de incentivos tributarios, arancelarios o contables y demás mecanismos que estimulen desarrollo de tales fuentes en Colombia*²⁰.

Esta norma resulta aplicable a todos los actores que se vean involucrados en el sector, tanto en la definición de políticas, como en la prestación del servicio de energía eléctrica y sus actividades complementarias²¹. Además, esta norma determina **que son asuntos de utilidad pública e interés social la promoción, el estímulo y el incentivo al desarrollo de las actividades de producción y utilización de fuentes no convencionales de energía (FNCE), principalmente aquellas de carácter renovable (FNCER)**²².

El artículo 7 establece que el Gobierno Nacional²³ promoverá la generación mediante FNCE, así como la gestión eficiente de la energía por medio de *“...la expedición de los lineamientos de política energética, regulación técnica y económica, beneficios fiscales, campañas publicitarias y demás actividades necesarias”*²⁴.

Vale la pena mencionar que esta ley incorpora diferentes incentivos para promover la generación mediante FNCE, como a) reducción de renta durante los 5 años siguientes al año gravable en que se efectuó la inversión²⁵; b) exención de IVA para elementos, maquinaria y servicios relacionados con la preinversión e inversión, la producción, utilización de energía, junto con los elementos para la medición y evaluación de potenciales recursos²⁶; c) exención de pagos de derechos arancelarios de maquinaria, equipos, materiales e insumos destinados a preinversión e inversión²⁷ y; d) la depreciación acelerada de activos para fines contables para los bienes anteriormente mencionados²⁸.

²⁰ Ley 1715 de 2014, artículo 2, literal e.

²¹ Ley 1715 de 2014, artículo 3.

²² Ley 1715 de 2014, artículo 5. “Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER). Son aquellos recursos de energía renovable disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran FNCER la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica, la solar y los mares. Otras fuentes podrán ser consideradas como FNCER según lo determine la UPME”.

²³ Constitución Política de Colombia, artículo 115: “El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

(...)” (destacado fuera de texto).

²⁴ Ley 1715 de 2014, artículo 7.

²⁵ Ley 1715 de 2014, artículo 11.

²⁶ Ley 1715 de 2014, artículo 12.

²⁷ Ley 1715 de 2014, artículo 13.

²⁸ Ley 1715 de 2014, artículo 14.

Igualmente, esta ley incluye diversas disposiciones relacionadas con el desarrollo y promoción de diferentes tipos de FNCER, tales como biomasa, residuos, solar, eólica, geotérmica, entre otras.

- **Decreto 570 de 2018**

Por medio de este decreto se añadió una sección al Capítulo 8 del Título III del Decreto 1073 de 2015, Único Reglamentaría del Sector Administrativo de Minas y Energía. Esta sección establece *“los 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”*²⁹.

Dentro de estos lineamientos se encuentran como objetivos (i) **fortalecer la resiliencia**³⁰ de la matriz de energía eléctrica frente a posibles variaciones y cambio climático mediante la diversificación del riesgo; (ii) **“promover la competencia y aumentar la eficiencia en la formación de precios a través de la contratación de largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica nuevos y/o existentes”** y (iii) contribuir a la reducción de emisión de gases de efecto invernadero en la generación eléctrica, entre otros³¹.

Así mismo, esta norma estableció que la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) sería la encargada de establecer el esquema para el traslado de costos eficientes a efectos de promover la contratación a largo plazo de mecanismos complementarios a los existentes³².

²⁹ Decreto 1073 de 2015, artículo 2.2.3.8.7.1.

³⁰ De acuerdo con el estudio técnico económico del Proyecto 1 “[e]l concepto de resiliencia se entiende como la capacidad de adaptación y reconfiguración de la matriz de generación de energía eléctrica, ante eventos de estrés relacionados con la variabilidad y el cambio climático”. Obrante en medio magnético en el expediente N° 18-332125.

³¹ “Decreto 1073 de 2015, artículo 2.2.3.8.7.3.: “Objetivos. El mecanismo del que trata el artículo 2.2.3.8.7.1 de la presente Sección deberá procurar el cumplimiento de los siguientes objetivos:

i) Fortalecer la resiliencia de la matriz de generación de energía eléctrica ante eventos de variabilidad y cambio climático a través de la diversificación del riesgo.

ii) Promover la competencia y aumentar la eficiencia en la formación de precios a través de la contratación de largo plazo de proyectos de generación de energía eléctrica nuevos y/o existentes.

iii) Mitigar los efectos de la variabilidad y cambio climático a través del aprovechamiento del potencial y la complementariedad de los recursos energéticos renovables disponibles, que permitan gestionar el riesgo de atención de la demanda futura de energía eléctrica.

iv) Fomentar el desarrollo económico sostenible y fortalecer la seguridad energética regional.

v) Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) del sector de generación eléctrica de acuerdo con los compromisos adquiridos por Colombia en la Cumbre Mundial de Cambio Climático en París (COP21)”.

³² Decreto 1073 de 2015, artículo 2.2.3.8.7.6.

- **Resolución 40791 de 2018**

Por medio de esta resolución el Ministerio de Minas y Energía estableció el mecanismo para la contratación de energía de largo plazo, la cual resulta aplicable a los agentes del Mercado de Energía Mayorista, así como a los propietarios de proyectos de generación. En esta norma se asignan diversos roles a la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)³³ y a la CREG³⁴.

El artículo 7 de esta resolución incluye una serie de definiciones necesarias para su interpretación y aplicación, dentro de las que se incluye las de agente comercializador³⁵, agente generador³⁶, contrato de energía media anual a largo plazo³⁷, curva S³⁸, proyectos de generación existentes³⁹, proyectos de generación nuevos⁴⁰ y subasta⁴¹, entre otros.

³³ Entre las tareas que se le asignan a la UPME se encuentra la de implementar y administrar el mecanismo de subasta (artículo 3), elaborar las bases de pliegos de condiciones específicas de la subasta (ver anexo 1.1.) y reportar las actuaciones irregulares a las autoridades competentes (ver anexo 1.6.), entre otros.

³⁴ Entre las tareas que se le asignan a la CREG se encuentran: i) definir el esquema de transición para proyectos con FNCER (artículo 5); ii) establecer quién será el Operador y Administrador del Mercado (artículo 6); iii) determinar las condiciones de competencia (artículo 22) y; iv) establecer el tope máximo de pesos por kilovatio hora (artículo 25).

³⁵ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Agente comercializador o comercializador: Es la empresa registrada ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales – ASIC que realiza la actividad de comercialización de energía”

³⁶ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Agente generador o generador: Es la empresa registrada ante el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales – ASIC que realiza la actividad de generación de energía”.

³⁷ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Contrato de energía media anual a largo plazo: Contrato de compraventa de energía celebrado entre agentes comercializadores y generadores que se liquida en la bolsa de energía, y que debe tener como contenido mínimo: la identidad de las partes contratantes; el proyecto de generación adjudicado; el volumen de energía anual a contratar; el periodo de vigencia; las reglas o procedimientos claros para determinar hora a hora, durante la duración del contrato, las cantidades de energía a asignar y el respectivo precio, de acuerdo con los procedimientos de liquidación establecidos en la Resolución CREG 024 de 1995 o aquellas que la modifiquen o sustituyan”.

³⁸ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Curva S: Representación gráfica del avance acumulado del proyecto en función del tiempo que permite comparar el avance real con el avance planificado, con el propósito de establecer las desviaciones del proyecto y tomar acciones correctivas oportunas. Muestra en la ordenada el porcentaje estimado de avance del proyecto durante el tiempo de ejecución y en la abscisa el tiempo transcurrido debe ser presentada por las personas naturales o jurídicas propietarias o representantes comerciales de proyectos de generación nuevos, como requisito para participar en la subasta”.

³⁹ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Proyectos de generación existentes: Plantas de generación de energía eléctrica que estén en operación comercial en el momento de adjudicación de la subasta”.

⁴⁰ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Proyectos de generación nuevos: Plantas de generación de energía eléctrica que no han iniciado la etapa de construcción o que se encuentran en este proceso en el momento de adjudicación de la subasta”.

⁴¹ Resolución 40791 de 2018, artículo 7: “Subasta: Proceso competitivo donde interactúan los compradores y vendedores para asignar cantidades y formar precios eficientes, que refleja los costos de la oferta y la disponibilidad a pagar de la demanda, con información simétrica y suficiente sobre su aplicación y funcionamiento, así como para la determinación de los riesgos. Se basa en las ofertas realizadas por los compradores y vendedores”.

Además, determina que el producto a subastar⁴² es un contrato de energía media anual a largo plazo entre cada generador y comercializador que resulten adjudicados por medio del mecanismo de subasta. Algunas características básicas del contrato establecidas en esta norma son: un periodo de vigencia que varía entre 10, 15 o 20 años; una tipología contractual de pague lo contratado asociado a un porcentaje de la generación real del proyecto y a una cantidad mínima despachada de energía; la fórmula para la actualización del precio del contrato⁴³, entre otras⁴⁴.

Igualmente, la norma incluye obligaciones tanto de los vendedores⁴⁵, como de los compradores⁴⁶; incorpora una disposición en la que se establece que al final de cada año se realizará un balance, en el cual se determinará el porcentaje de energía producida por el respectivo proyecto adjudicado del generador con respecto a la energía contratada y establece las consecuencias específicas para los eventos en los que el porcentaje generado no alcance la totalidad de lo anualmente contratado, entre las que se incluyen (i) la constitución de un saldo para el año siguiente, (ii) pago de la energía faltante por parte del generador al comercializador o (iii) la ejecución de las garantías constituidas⁴⁷.

Respecto de la cesión del contrato, esta resolución establece que tal operación únicamente procede en el evento en el que el vendedor con un contrato de largo plazo vigente no pueda continuar con la obligación que le fue asignada, atendiendo unas condiciones expresamente establecidas en ella⁴⁸.

En relación con la subasta, la resolución en comento determina que se realizará mediante sobre cerrado y que será de dos puntas, es decir, se envían tanto propuestas de los compradores como de los vendedores, donde se establecen la cantidad de energía y el precio correspondiente⁴⁹, los agentes mencionados participan de manera voluntaria en el proceso⁵⁰.

La realización de las subastas dependerá de la evaluación sobre la pertinencia y oportunidad que efectúe el Ministerio, basada en los resultados del Plan de Expansión de Referencia de Generación y Transmisión de energía eléctrica, los proyectos inscritos en el registro de

⁴² Resolución 40791 de 2018, artículo 8.

⁴³ Resolución 40791 de 2018, artículo 9.

⁴⁴ Dentro de las disposiciones se encuentran algunas relacionadas con liquidación horaria (artículo 13) y minuta del contrato definida por el Ministerio (artículo 14).

⁴⁵ Resolución 40791 de 2018, artículo 10.

⁴⁶ Resolución 40791 de 2018, artículo 11.

⁴⁷ Resolución 40791 de 2018, artículo 12.

⁴⁸ Resolución 40791 de 2018, artículo 15.

⁴⁹ Resolución 40791 de 2018, artículo 23.

⁵⁰ Resolución 40791 de 2018, artículo 16.

proyectos de generación de la UPME y la información de cantidad demandada contratada en el Mercado de Energía Mayorista en el mediano y largo plazo elaborado por el administrador del mercado; además, de acuerdo con la redacción actual de esta resolución, pareciera que cuando el Ministerio considere pertinente la realización de la subasta, se deberá determinar la demanda objetivo⁵¹.

De acuerdo con esta resolución, como participantes de la subasta únicamente podrán presentarse personas naturales o jurídicas propietarios o representantes comerciales de proyectos de generación debidamente acreditados. Dichos proyectos deberán contar con una capacidad instalada igual o superior a 10 MW⁵², además de alcanzar un puntaje mínimo que establezca el Ministerio⁵³.

En el proceso de adjudicación se ordenan tanto las ofertas de compradores⁵⁴ y vendedores⁵⁵, asignando las ofertas de venta que se encuentran por debajo del punto de equilibrio⁵⁶ y las ofertas de compra que se encuentren por encima del punto mencionado⁵⁷.

Los participantes de la subasta deben cumplir las condiciones de precalificación establecidas en esta norma, dentro de las que se exigen requisitos técnicos, legales y financieros para generadores⁵⁸, mientras que para comercializadores solo se exigen requisitos legales y financieros⁵⁹.

Aquellos participantes que hayan superado la etapa de precalificación serán calificados por la UPME⁶⁰, de acuerdo con su aporte al cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 1 del Decreto 570 de 2018⁶¹. Para evaluar algunos de los criterios como resiliencia⁶²,

⁵¹ Resolución 40791 de 2018, artículo 17.

⁵² Resolución 40791 de 2018, artículo 19.

⁵³ Resolución 40791 de 2018, artículo 24.

⁵⁴ De acuerdo con el artículo 26 de la Resolución 40791 de 2018 las ofertas de compra de energía se ordenan de mayor a menor precio para formar una curva de ofertas de compra agregada.

⁵⁵ De acuerdo con el artículo 26 de la Resolución 40791 de 2018 las ofertas de venta de energía se ordenan de menor a mayor precio para formar una curva de ofertas de venta agregada.

⁵⁶ Punto de equilibrio: Donde la curva de oferta y demanda agregada se intersectan.

⁵⁷ Resolución 40791 de 2018, artículo 26.

⁵⁸ Resolución 40791 de 2018, artículo 31.

⁵⁹ Resolución 40791 de 2018, artículo 32.

⁶⁰ Resolución 40791 de 2018, artículo 33.

⁶¹ Compilado en el artículo 2.2.3.8.7.3 del Decreto 1073 de 2018, Único Reglamentario del Sector de Minas y Energía.

⁶² Resolución 40791 de 2018, artículo 34: “La resiliencia de la matriz de generación de energía eléctrica ante eventos de variabilidad y cambio climático, se medirá mediante el índice de Shannon – Wiener, que se calcula así:

complementariedad de recursos⁶³, seguridad energética regional⁶⁴ y reducción de emisiones⁶⁵ se establecen fórmulas matemáticas. El resultado de la evaluación de criterios se normaliza, es decir se asigna a las propuestas puntajes entre 0 -100⁶⁶ y para determinar la calificación total se emplea un modelo de ponderación aditiva simple⁶⁷.

Adicionalmente, esta resolución establece garantías de cumplimiento⁶⁸ y de pago⁶⁹ que buscan reducir los riesgos propios del proceso de contratación. Esta norma también incluye un anexo

$$H = - \sum_{i=1}^S p_i \ln p_i$$

Donde:

H Valor del índice de Shannon – Wiener para la matriz de generación eléctrica.

S Número de fuentes energéticas.

p_i Participación de la fuente energética *i* en la matriz de generación eléctrica.

(...)

⁶³ Resolución 40791 de 2018, artículo 35: “El aporte de los proyectos de generación al aprovechamiento del potencial y la complementariedad de los recursos energéticos se medirá mediante el coeficiente de correlación de Pearson, así:

$$r_{xy} = \frac{\sum x_i y_i - n \bar{x} \bar{y}}{(n - 1) s_x s_y}$$

Donde:

r_{xy}: Coeficiente de correlación de Pearson que mide la correlación estacional entre las series del recurso hídrico *x* de la macrocuenca con mayor concentración de generación y la serie del recurso renovable y del proyecto participante.

x_i: Valores de la serie correspondiente al caudal promedio de la macrocuenca con mayor concentración de generación.

y_i: Valores de la serie correspondiente al recurso renovable del proyecto participante.

n: Número de datos de la serie.

\bar{x} : Media de la serie *x*.

\bar{y} : Media de la serie *y*.

S_x: Desviación estándar de la serie *x*.

S_y: Desviación estándar de la serie *y*.

Los valores del coeficiente de correlación de Pearson se consideraran que aportan al aprovechamiento del potencial y la complementariedad de los recursos energéticos renovables son los que se encuentran entre -1 y 1.

(...)

⁶⁴ Resolución 40791 de 2018, artículo 36.

⁶⁵ Resolución 40791 de 2018, artículo 37.

⁶⁶ Resolución 40791 de 2018, artículo 38.

⁶⁷ Resolución 40791 de 2018, artículo 39.

⁶⁸ Resolución 40791 de 2018, artículo 41.

⁶⁹ Resolución 40791 de 2018, artículo 42.

en el que se enumeran deberes y responsabilidades de la UPME, del auditor de la subasta, condiciones de rechazo de ofertas y declaratoria de proceso desierto, entre otros.

2.2. Los Proyectos

2.2.1. Proyecto 1

Este proyecto de acto administrativo modifica diferentes aspectos de la Resolución 40791 de 2018. En este sentido, incluye disposiciones generales relacionadas con los procesos de subasta para la adjudicación de contratos de energía de largo plazo. En múltiples oportunidades los cambios consisten en una redacción más precisa.

Dentro de los cambios se incluyen modificaciones a las definiciones de la resolución vigente⁷⁰, a manera de ejemplo, los contratos de energía media anual pasan de ser calificados como contratos de compraventa a ser contratos de suministro y además, pasa de hablarse de proyecto de generación adjudicado, a planta adjudicada. Otros cambios se presentan en las definiciones de curva S, proyectos de generación nuevos, proyectos de generación existentes; igualmente, se incluye la definición de Generación Ideal⁷¹.

En materia del balance anual, se modifican algunas de las consecuencias del cumplimiento parcial de las obligaciones contratadas, por ejemplo, en el supuesto de que la energía destinada para el cumplimiento sea superior al 80% e inferior al 90% de lo contratado y el generador no pague la diferencia entre estos valores, tal situación dará lugar a la ejecución de la garantía de cumplimiento. Igualmente, se establecen parágrafos específicos relacionados con el primer y último año del contrato.

En cuanto a la cesión del contrato, el artículo 15 de la Resolución 40971 de 2018 se modificaría, en el sentido de eliminar el requisito que exigía al generador acreditar no poder continuar con la obligación que le fue asignada.

Otro de los cambios consiste en la posibilidad de que el Ministerio determine si a las subastas se presentan únicamente proyectos nuevos, proyectos existentes o si pueden presentarse unos y otros⁷². La fijación de una demanda objetivo se vuelve un elemento opcional para el Ministerio en los casos que se decida realizar una subasta⁷³.

Con respecto a los proyectos que pueden participar como oferentes, el Proyecto 1 establece que podrán participar aquellos con capacidad instalada mayor o igual a 20 MW, pero permite que los proyectos con capacidad igual a superior a 10 MW participen⁷⁴ si se acogen por la

⁷⁰ Proyecto 1, artículo 3.

⁷¹ *Ibíd.*: “Generación ideal: Generación de la planta que corresponde al Despacho Ideal en los términos de la Resolución CREG 024 de 1995 y todas aquellas que la modifiquen y/o sustituyan”.

⁷² Proyecto 1, artículos 12 y 17.

⁷³ Proyecto 1, artículo 11.

⁷⁴ Proyecto 1, artículo 17.

duración del contrato al despacho centralizado. De acuerdo con las explicaciones proporcionadas por el regulador, esta Superintendencia entiende que no se incluyen proyectos con capacidad menor a 10 MW dada la menor eficiencia de estas plantas en razón de las economías de escala que se presentan en este eslabón de la cadena de la energía eléctrica.

Adicionalmente, el Proyecto 1 modifica algunos de los requisitos de la precalificación de los generadores⁷⁵, por ejemplo, dentro de los requisitos legales se modifica el “*estar constituido en Colombia*”, por ser “*Personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o esquemas asociativos bajo la modalidad de promesa de sociedad futura*”; por su parte los comercializadores deberían encontrarse constituidos como Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios⁷⁶.

Igualmente, el Proyecto 1 modifica algunas de las fórmulas de los criterios de calificación, por ejemplo se establece que en materia de resiliencia las plantas existentes no contribuyen al cumplimiento de tal objetivo⁷⁷ y por lo tanto obtendrán un valor 0 en este criterio; por su parte, el criterio de complementariedad de recursos deja de obtener valores entre -1 y 1, para obtener valores entre -1 y 0⁷⁸; así mismo, la fórmula de normalización del puntaje se modifica⁷⁹.

Finalmente, se incluye una nueva garantía denominada garantía de puesta en operación⁸⁰ y se modifican algunos aspectos del anexo de la resolución 40791 de 2018. Como ejemplo de esto último, se establece que la UPME es la encargada de asumir los costos de la auditoría de la subasta y que dicho auditor es el encargado de verificar las condiciones de competencia que debe establecer la CREG.

2.2.2. Proyecto 2

El Proyecto 2 consiste en una modificación a la Resolución 40795 de 2018⁸¹, en este sentido convocaría a la primera subasta bajo las reglas que establecería el Proyecto 1.

⁷⁵ Proyecto 1, artículo 20.

⁷⁶ Proyecto 1, artículo 21.

⁷⁷ Proyecto 1, artículo 22.

⁷⁸ Proyecto 1, artículo 23.

⁷⁹ Proyecto 1, artículo 26: “*Con el fin de asignar un puntaje entre cero (0) y cien (100) a cada uno de los proyectos de generación calificados según cada uno de los criterios anteriores, se normalizará el resultado de la evaluación así:*

$$c_j(k) = \frac{Z_{jk}}{\text{Max}(Z_j)} * 100$$

(..)”

⁸⁰ Proyecto 1, artículo 31.

⁸¹ “*Por la cual se convoca a la primera subasta de contratación a largo plazo de energía eléctrica y se definen los parámetros de su aplicación*”

El artículo 5 del Proyecto 2 establece que los 4 criterios a tener en cuenta (resiliencia, complementariedad de los recursos, seguridad energética regional y reducción de emisiones) para seleccionar al proyecto de generación, tendrán una ponderación igual en la calificación (25% cada uno).

Por su parte el artículo 4 fija como demanda objetivo a subastar la cifra de 1.183.000MWh- año y establece como adjudicatarios de la subasta proyectos de generación nuevos.

3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Frente a la solicitud de abogacía de competencia que motiva esta actuación, la Superintendencia de Industria y Comercio considera pertinente pronunciarse acerca de la posibilidad con la que cuenta el Ministerio para determinar el alcance de las subastas en relación con el tipo de proyectos que pueden presentarse y la fijación de la demanda objetivo, lo anterior en consideración que sobre la libre competencia pudiera derivarse de este hecho.

En primer lugar, debe destacarse que dentro de las observaciones de terceros interesados, múltiples de los comentarios consideran que tal posibilidad restringe la libre competencia económica pues se genera un mercado exclusivo para proyectos nuevos.

Si bien es cierto que se puede llegar a limitar la libre competencia económica en aquellas subastas donde únicamente se permita la participación de proyectos nuevos, tal limitación no es considerada como injustificada, toda vez que a juicio de esta Superintendencia atiende a otros objetivos legítimos, tal como se pasa a explicar a continuación. Adicionalmente, entiende esta Superintendencia que la generación a subastar se establece en proporción a un porcentaje marginal de la generación de energía eléctrica en Colombia reportada por XM en el año 2017⁸², esto es cerca del 1.77% aproximadamente.

La generación de energía eléctrica a gran escala es una actividad intensiva en capital, dado los altos costos hundidos en los que debe incurrir el agente que desee incursionar en tal actividad. Esta situación hace que el ingreso de nuevos competidores en el eslabón de generación no sea frecuente y por tanto, el número de agentes que participan en proyectos de generación no cambie sustancialmente a través del tiempo.

Así mismo, en los estudios técnico económicos remitidos por el Ministerio se aprecia que el 58% de la actividad de generación en el mercado mayorista de energía eléctrica en Colombia se encuentra concentrado en 3 agentes⁸³, los cuales usan principalmente fuentes convencionales de energía.

⁸² <http://informesanuales.xm.com.co/2017/SitePages/operacion/3-6-Generacion-del-SIN.aspx>

⁸³ "ESTUDIO TÉCNICO ECONÓMICO PROYECTO DE RESOLUCION "Por la cual se modifica la Resolución 40791 de 2018", ilustración 1. Obrante en medio magnético en el expediente N° 18-332125.

Como se pudo concluir de la experiencia vivida por el país en el año 2015 a raíz del fenómeno del niño, la dependencia del sector eléctrico de las fuentes hidráulicas deja expuesta la seguridad energética a choques producidos por fenómenos climáticos. En este sentido, resulta lógico concluir que, para reducir el riesgo mencionado se hace necesario diversificar las fuentes de generación a las que recurre el mercado eléctrico.

Como se señaló anteriormente, entiende esta Superintendencia que la actividad de generación a gran escala requiere unas inversiones considerables y por lo tanto, si no se generan las condiciones propicias para recuperar tales inversiones, es posible que nuevos agentes se vean disuadidos de ingresar como oferentes al mercado mayorista de energía.

Vale la pena mencionar que el Banco Interamericano de Desarrollo en su documento titulado “*Las mejores prácticas en la promoción y el uso de energías renovables en América Latina y el Caribe*”⁸⁴ recomienda al sector público entre otras medidas, emplear mecanismos que reduzcan el coste inicial o total de la instalación de energías renovables como acuerdos de adquisición de energía por parte de terceros y “*proporcionar incentivos comerciales y/o de contratación*”.

Además de la diversificación de las fuentes de energía, las condiciones establecidas en el Proyecto 1 pueden llegar a aumentar las dinámicas competitivas en el sector de energía, pues el ingreso de nuevos agentes tiene la potencialidad de aumentar la presión competitiva⁸⁵ y en consecuencia reducir la concentración del mercado. Ahora bien, debe advertirse que con la redacción actual el Ministerio podría incluso limitar el alcance de una subasta a proyectos existentes.

Lo anterior no implica que esta Superintendencia recomiende que la totalidad de las subastas se limite a proyectos nuevos, ni que se limite a proyectos existentes, sino que a medida en que aumente la diversificación y exista una menor dependencia de los proyectos de generación que actualmente tienen presencia en el mercado, se promueve para que estos agentes compitan y generen así mejores condiciones para el mercado fruto de la rivalidad y competencia.

En conclusión, si bien en una etapa inicial este trato diferenciado puede llegar a beneficiar únicamente a los nuevos proyectos, dadas las características de este mercado en el mediano y el largo plazo la medida puede llegar a tener efectos pro competitivos al permitir el ingreso de nuevos competidores en un mercado con altas barreras de entrada⁸⁶; además de contribuir a una mayor resiliencia del sistema energético. Igualmente, debe reconocerse que en las

⁸⁴ Documento disponible en <https://webimages.iadb.org/publications/spanish/document/Las-mejores-practicas-en-la-promoci%C3%B3n-y-el-uso-de-energ%C3%ADas-renovables-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>, consultado el 17 de diciembre de 2018.

⁸⁵ International Competition Network. “EXPLAINING THE BENEFITS OF COMPETITION TO THE GOVERNMENT AND THE LEGISLATOR”. “A su vez, la entrada de nuevas empresas permite, entre otras cosas, una mayor variedad de opciones para consumidores. Esto incentiva a los competidores consolidados a mejorar su rendimiento para evitar la pérdida de cuotas de mercado, lo que se traduce en un aumento de la productividad, el bienestar de los consumidores y, en última instancia, crecimiento económico” (traducción propia). Disponible en https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_ExplainingBenefitstoGovernment.pdf, consultado el 18 de diciembre de 2018.

⁸⁶ OCDE. “HERRAMIENTAS PARA LA EVALUACIÓN DE LA COMPETENCIA”, versión 2.0, p.22. Las barreras a la entrada se pueden definir como “*elementos que obstaculizan la entrada de nuevas empresas al mercado relevante*”. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>, consultado el 18 de diciembre de 2018.

subastas iniciales de contratos de energía de **largo plazo**, la entrada de nuevos proyectos puede servir para cumplir los objetivos de la Ley 143 de 1994 y 1715 de 2014, en materia de libre competencia y aprovechamiento de los recursos energéticos disponibles.

A pesar de lo anterior, se recomendará incluir una disposición que genere certeza acerca de que a medida que nuevos proyectos de generación ingresen al mercado y se diversifiquen las fuentes de generación, se garantice libre competencia entre proyectos de generación nuevos y existentes, reduciendo la discrecionalidad del Ministerio para limitar la subasta a un solo tipo de proyectos.

4. RECOMENDACIONES

Por las consideraciones expuestas en el presente concepto de abogacía de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio presenta la siguiente recomendación al Ministerio de Minas y Energía:

- **incluir una disposición que genere certeza acerca de que a medida que aumente la presencia de nuevos proyectos de generación y se diversifiquen las fuentes de generación, se permita una libre competencia entre proyectos de generación nuevos y existentes, y se reduzca la discrecionalidad del Ministerio para limitar la subasta a un solo tipo de proyectos.**

Finalmente, esta Superintendencia agradece al Ministerio que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico arincon@sic.gov.co.

Atentamente,


JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Camilo Romero
Revisó: Aura Elena Rincón
Aprobó: Juan Pablo Herrera Saavedra