

P – 158/2023

Bogotá, 11 de agosto de 2023

Señor

OMAR ANDRÉS CAMACHO

Ministro de Minas y Energía

MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Bogotá, D.C.

Asunto: Consideraciones sobre impactos del Decreto Legislativo 1276 de 2023

Estimado Ministro:

Desde la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – Andesco, nos permitimos plantear nuestras consideraciones e impactos estimados de la implementación de las medidas establecidas en el Decreto Legislativo 1276 de 2023 *“Por el cual se adoptan medidas para ampliar el acceso al servicio de energía eléctrica y preservar los medios de subsistencia de la población a través del rescate de la transición energética, con la finalidad de superar la crisis humanitaria y el estado de las cosas inconstitucionales o evitar la extensión de sus efectos, en el marco del Estado de Emergencia económica, Social y Ecológica declarado en el departamento de La Guajira”*.

GENERALIDADES

En primer lugar, reiteramos la importancia del departamento de La Guajira para el país, y reconocemos su rol fundamental, dado el potencial energético, para la transición energética en la que Colombia debe avanzar. Sin embargo, las necesidades del departamento son evidentes desde tiempo atrás; para ello, desde el gremio hemos buscado contribuir en soluciones y estrategias para solventarlas. Así mismo, las empresas de servicios públicos relacionadas directamente con la región han hecho grandes esfuerzos e inversiones, adicionales a los asuntos energéticos o de su misión principal, para apoyar al Estado en su obligación de garantizar la cobertura de las necesidades básicas de la población.

Como lo hemos manifestado en diferentes espacios de discusión, la entrada en operación de los proyectos de generación y transmisión de energía en La Guajira es fundamental para la ampliación de la oferta y diversificación de la matriz eléctrica del país. Pero, desafortunadamente, la mayoría de estos presentan hoy atrasos significativos respecto a la fecha inicialmente planeada que, a pesar de los esfuerzos realizados por los desarrolladores, en este punto muchas causas sobrepasan el ámbito de gestión de estos, como el caso de la conflictividad local y representatividad de las comunidades para lograr acuerdos, así como los retos en materia de seguridad en los territorios; asuntos sobre los que consideramos que el Gobierno tiene la capacidad de proporcionar la celeridad requerida.

No obstante lo anterior, con gran preocupación observamos que las medidas definidas en el Decreto no atienden las causas que llevaron a declarar la emergencia económica, social y ecológica en La Guajira, por cuanto no soluciona la ausencia de infraestructura, ni el atraso en el desarrollo de los proyectos de energía, transmisión y generación, y menos aún las dificultades sociales.

Por el contrario, las disposiciones previstas generan un impacto negativo para todo el país, específicamente para los usuarios del servicio de energía eléctrica, ocasionando incrementos en sus facturas por la suspensión en el suministro de contratos de energía y el aporte definido para el departamento.

En tal sentido, de manera respetuosa consideramos que las medidas no superan el “juicio de finalidad” establecido por la Corte Constitucional para la revisión de los decretos legislativos expedidos en vigencia de las emergencia económicas, según el cual – Sentencia C-310 de 2020 - “toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos”.

Además, con la modificación de las subastas del Cargo por Confiabilidad se están realizando modificaciones estructurales al mercado de energía que también afectarán a todos los usuarios en el largo plazo, con injerencias en la libre competencia en la oferta, la formación eficiente de los precios, la seguridad jurídica de los prestadores y la confianza de los inversionistas.

Esta preocupación se agudiza por el impacto indeterminado que tienen varias de las medidas del Decreto 1276 de 2023, dado que algunos artículos no tienen plazo de

aplicación o implican un cambio indefinido en el tiempo, lo cual contraviene el concepto mismo de intervención temporal que debe acompañar este tipo de declaratorias.

ASUNTOS ESPECÍFICOS

A continuación, abordaremos de manera más detallada los impactos antes mencionados, en orden de relevancia, sobre los cuales agradecemos al Ministerio tomar las medidas pertinentes y realizar las precisiones en los casos que aplique, con el fin de mitigar la afectación a los usuarios y sobre la prestación actual y futura del servicio de energía.

1. Suspensión de los Contratos de Energía

Con respecto al artículo 7. *“Alivio de Suspensión de contratos de suministro de energía media anual a largo plazo para generadores de Fuentes no Convencionales de Energía Renovable (FNCER) en el departamento de La Guajira”*, identificamos que la suspensión temporal de los contratos con obligación de suministro de los proyectos de FNCER de La Guajira, que fueron adjudicados en las subastas de 2019 y 2021, tendrá un alto impacto negativo sobre los mismos usuarios de La Guajira y el resto de los usuarios del país, generando incrementos en sus tarifas de entre 3% y 8%¹, en contravía del objetivo perseguido por el Pacto Tarifario adelantado por el Gobierno Nacional desde el año pasado.

Esta suspensión no soluciona la causa raíz del atraso de los proyectos de generación y transmisión², y por el contrario expone a los usuarios a los precios de bolsa durante el periodo de suspensión, los cuales se incrementarán debido al fenómeno de El Niño; por tanto, los usuarios tendrán que asumir mayores costos vía tarifa. A pesar de que algunos verán este incremento reflejado de manera inmediata en su factura y otros - aquellos a los cuales se les está aplicado aún la opción tarifaria- lo percibirán más adelante, son costos adicionales de la prestación del servicio que lastimosamente

¹ Este incremento podría ser superior si la exposición a bolsa de los comercializadores aumenta aún más, lo cual puede ocurrir por crecimiento adicional de la demanda, incumplimiento de los compromisos de energía de los vendedores o de sus pagos frente al mercado, incrementos significativos en el precio de bolsa (riesgo inminente con la llegada del Fenómeno de El Niño), entre otros.

² La medida no tiene relación directa con los temas estructurales por los cuales los proyectos en La Guajira presentan retrasos; de hecho, su implementación no garantiza el restablecimiento económico de los proyectos ni su pronta entrada en operación.

deberán ser asumidos por los usuarios. Lo anterior, sin dejar de lado las mayores necesidades de recursos del erario que esto implica, dado que se incrementarán también los subsidios que el Gobierno entrega a los usuarios de estratos 1, 2 y 3.

Con respecto a los prestadores del servicio de energía eléctrica (comercializadores), la suspensión de contratos ya suscritos para atender su demanda expone a dichos agentes a comprar mayores cantidades de energía en bolsa a precios más altos. Lo anterior, sumado a los actuales saldos acumulados de la opción tarifaria pendientes de recuperar que ya superan \$5 billones de pesos, ocasionará limitaciones en su flujo de caja que los expondrá a problemas financieros, especialmente en las empresas que hoy tienen alta exposición en bolsa para los próximos dos (2) años. Esto profundiza la preocupación ya elevada al Ministerio por los efectos que puedan confluir durante el fenómeno de El Niño.

Desde el punto de vista jurídico, esta medida desconoce que los contratos pactados entre los agentes se rigen por el derecho privado y, por lo tanto, su suspensión afecta la autonomía de las partes para la modificación de los contratos, afectando la seguridad jurídica del sector y el país. En todo caso, las modificaciones o cambios de las condiciones de contratos deben ser el producto siempre de la voluntad y acuerdo de las partes involucradas, so pena de actuaciones legales de las partes sobre el sujeto que genera la suspensión.

En tal sentido, esta medida no solo no tiene vocación de solventar las causas que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, sino que desconoce de manera desproporcionada la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual.

Si aún con los impactos e implicaciones jurídicas y de mercado antes mencionados, esta medida persiste, es necesario que el Ministerio defina los términos, condiciones y procedimientos bajo los cuales debe producirse la suspensión, ya que mientras no haya modificación de contratos ante el operador del mercado, los mismos no podrán entenderse suspendidos.

Específicamente, es importante que el MME proporcione claridad sobre el procedimiento a seguir en materia de garantías, en relación con:

- *Las garantías de pago otorgadas por el Comercializador:* estas deberán suspenderse ya que, ante la suspensión de las obligaciones de suministro de energía por parte de los desarrolladores de proyectos con FNCER, los Comercializadores no tendrían ningún compromiso ni obligación de pago a

garantizar. Y también se debe definir el momento a partir del cual los comercializadores deberán otorgar las nuevas garantías de pago.

- *La garantía de entrada en operación de los desarrolladores de proyectos con FNCER:* ante las actuales circunstancias de estos proyectos, cobra mayor relevancia que los desarrolladores continúen otorgando y renovando estas garantías y las ajusten en el plazo y montos acorde con las nuevas condiciones y obligaciones del mercado.

En todo caso, cabe mencionar que con esta medida de suspensión no se podría declarar un incumplimiento por parte de los comercializadores afectados de la obligación de compra de energía del 10% de su demanda con energía de fuentes no convencionales de energía renovables, establecida en el artículo 296 de la Ley 1955 de 2019, “Plan Nacional de Desarrollo 2019-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, y reglamentada en las Resoluciones MME 40 715 de 2019 y 40 060 de 2021, las cuales a la fecha no han sido modificadas, a pesar de haber estado en consulta ya dos veces en el presente año.

2. Subastas del Cargo por Confiabilidad

Con relación al artículo 4. “*Prioridad en la asignación de cargo por confiabilidad*” consideramos en primera instancia que, el ajuste propuesto no guarda relación con la emergencia declarada y corresponde a una intervención del mercado innecesaria que afectará la competencia y la formación eficiente de precios, y desincentivará la participación de nuevas inversiones; lo anterior, con impactos en el largo plazo.

Las subastas del Cargo por Confiabilidad permiten que los usuarios puedan acceder al precio más eficiente de energía firme resultante de la competencia entre todo tipo de tecnologías de nuevas plantas que se requieren para expandir la oferta y garantizar el abastecimiento de la demanda en el país, con señales hasta por 20 años.

Por lo tanto, la priorización y trato preferencial planteado para proyectos de una tecnología y ubicación geográfica específicas, no cumple el criterio de finalidad del artículo 10 de Ley 137 de 1997, ya que no tiene relación directa con la situación de emergencia declarada. Además, genera una ventaja competitiva injustificada y tergiversa un mecanismo de mercado que busca precios eficientes, al forzar la asignación de obligaciones a proyectos solo por el hecho de ser de FNCER en La Guajira, sin importar si estos aportan o no a la cobertura de la demanda proyectada

para la subasta. Inclusive si la oferta de los proyectos en mención supera la demanda objetivo, lo planteado en el decreto suprime la necesidad misma de la subasta, generando un escenario de asignación administrada que se aleja del principio de eficiencia que plantea el mismo Cargo por Confiabilidad.

Además, la definición de un precio preestablecido de asignación (precio de cierre de la subasta) no garantiza que el mismo pueda cubrir el costo de generación calculado para cada proyecto de FNCER, lo cual pone en riesgo la viabilidad financiera de los mismos.

Todo lo anterior, tendrá inevitablemente efecto sobre la formación de los precios de la subasta, exponiendo a la demanda al riesgo de pagar precios ineficientes y desincentivará la participación de proyectos, incluyendo los de FNCER, en la próxima subasta convocada para cubrir el periodo 2027-2028, poniendo en riesgo la garantía de abastecimiento futuro de la demanda.

Ahora bien, para aplicación de esta medida hace falta claridad y reglamentación sobre el periodo de asignación de OEF para estas plantas según su categoría (nuevas, especiales), y definir si pueden optar para el proceso de subasta en curso dado que el cronograma ya está en marcha y se han cumplido varios hitos obligatorios.

3. Aporte al Departamento de la Guajira

El "Aporte Departamento de la Guajira" de \$1000 por factura, obligatorio para los usuarios de estratos 4, 5 y 6, y de \$5000 por factura, obligatorio para los usuarios comerciales e industriales; el cual se define en el artículo 3 como "*Recursos para soluciones energéticas en el departamento de la Guajira*"; genera condiciones de regresividad social por su impacto en el incremento de la factura de todos los consumidores del país con dichas características; y en el caso de los usuarios comerciales e industriales, esto se trasladará en los bienes y servicios de la economía.

Vemos importante mencionar que, para los usuarios obligados al pago del aporte, el Gobierno Nacional asume que cuentan con una mayor capacidad de pago sin considerar sus realidades. Esta medida, contradice el objetivo del Pacto por la Justicia Tarifaria, el cual buscaba generar alivios en las facturas de energía eléctrica para todos los colombianos.

Además, este aporte ocasiona riesgos de aumento de cartera para los comercializadores, que se suman a las dificultades financieras antes mencionadas por los saldos acumulados de la opción tarifaria.

Entendiendo que el objetivo de esta medida está orientado a proveer soluciones energéticas para La Guajira, consideramos que es necesario, antes de establecer nuevas cargas a los usuarios de todo el país, revisar la asignación y ejecución de los recursos hoy existentes para la región como las regalías y los no comprometidos de los fondos eléctricos, especialmente el FAZNI que está destinado a la electrificación del servicio. Cabe mencionar que, La Guajira recibe hoy más de medio billón de pesos bienales, más del doble de lo que recibe Chocó, un departamento también con altas necesidades.

Cabe mencionar que para la aplicación y cobro de este aporte es necesario que se aclaren los siguientes aspectos:

- Necesidad o no de una reglamentación adicional.
- Posibilidades de financiación y/o cobro de mora de dicho aporte a los usuarios, así como de la separación o no de este cobro de la factura del servicio.
- Determinación de posibles exclusiones para el pago del aporte (bienes de conservación histórica, áreas comunes u otros).
- Aplicación para usuarios que adquieren energía con compras prepago (recargas)
- Definición de la fecha de inicio de aplicación del aporte, ya que, si bien se indica que el mes siguiente a la expedición del decreto se debe incluir en todas las facturas, no se observa aún su publicación en el Diario Oficial. Teniendo en cuenta que esto implica adecuaciones a los sistemas comerciales de facturación.
- Procedimiento para la transferencia de los recursos recaudados y mecanismos para el reporte de la información, considerando la separación entre facturación y recaudo.

4. Transferencias

En el artículo 1. “*Transferencias a distritos y municipios ubicados en zonas distintas al Área de Influencia y destinadas a Proyectos Energéticos*” identificamos en primera medida que se modifica la destinación de las transferencias incluyendo a los municipios de La Guajira que no hacen parte del área de influencia de los proyectos. Es importante

mencionar que las transferencias, previo a la emisión del decreto, iban con destino a las comunidades que se encuentren en el área de influencia de cada central de generación, las cuales son las zonas sobre las que se presentan los impactos del proyecto cuando este se encuentra en construcción y/o en operación. Por lo tanto, vemos que este artículo podría desnaturalizar el origen de estas y el objetivo para lo cual fueron creadas.

Si bien no se aumenta el monto de las transferencias, esta modificación puede generar conflictividad en cuanto a la asignación de recursos por transferencias que se deban entregar a cada uno de los municipios de La Guajira. Es necesario tener en cuenta que, estos recursos ya tienen una destinación específica en cada territorio, además de las iniciativas que se están llevando a cabo con relación a Comunidades energéticas, cuya reglamentación ya estuvo en consulta. Además, no está clara la forma como se distribuirá ese dinero, la metodología de remuneración y asignación, las condiciones y requisitos de los diferentes proyectos beneficiarios de las transferencias, entre otros.

Finalmente, agradecemos la atención prestada a los planteamientos antes mencionados que buscan aportar a la construcción de soluciones minimizando impactos para los usuarios y garantizando la prestación eficiente del servicio de energía para todos los colombianos.

Cordialmente,



CAMILO SÁNCHEZ

Presidente Andesco

CC Ricardo Bonilla González , Ministro de hacienda
Dagoberto Quiroga, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios
María del Socorro Pimienta Corbacho, Superintendente de Industria y Comercio
Nicolás Rincón, Director técnico de infraestructura y energía sostenible - DNP
Orlando Velandia, Delegado para Energía y Gas Combustible - SSPD
José Fernando Prada, Director Ejecutivo – CREG
Adrián Correa, Director General - UPME
Ángela Sarmiento Forero, Jefe de la Oficina de Asuntos Regulatorios y Empresariales – MME