

PROYECTO DE LEY NÚMERO ____ DE 2019

“Por medio del cual se dictan normas para asegurar la atención de la demanda de energía en condiciones críticas de abastecimiento”

EXPOSICION DE MOTIVOS

OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El objeto del presente proyecto de ley es asegurar la confiabilidad en el sector eléctrico colombiano cuyo sistema es predominantemente hidráulico, razón por la cual se encuentra gravemente expuesto a efectos climatológicos que dificultan el logro del equilibrio real entre demanda y oferta.

Se requiere una estructura regulatoria muy específica para garantizar la existencia de unidades de generación de respaldo que entren a operar en épocas de hidrología crítica.

El proyecto de ley propone la definición de la naturaleza los recursos del recaudo del cargo por confiabilidad, creado por la CREG mediante La Resolución 71 de 2006, como de carácter publico. Permitiendo así su control y vigilancia por parte de los entes de control y de la Fiscalía General de la Nación. Garantizando así su correcta ejecución y transparencia.

ANTECEDENTES

La Resolución 71 de 2006 de la CREG “Por la cual se adopta la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía” entre otros encuentra fundamento en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 (Ley Eléctrica), el cual expresa:

Artículo 23. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:

- a) Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia. En el sector eléctrico, la oferta eficiente tendrá en cuenta la **capacidad de generación de respaldo**, la cual será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero-Energética en el plan de expansión;*

Recordemos que la Ley 143 de 1994 responde a la crisis sufrida por el país en los años 90’s, el gran apagón que vivimos los colombianos, entonces, lo que plantea la Ley Eléctrica -aparte resaltado- era que la CREG debía considerar la capacidad de respaldo dentro de la oferta eficiente de energía y valorarla.

Es importante contextualizar que, cuando los sistemas tienen un alto porcentaje de generación hidroeléctrica, los efectos climáticos afectan de manera importante la confiabilidad del sistema. Y lo que pretende la legislación es garantizar en épocas de sequía o pocas lluvias que el suministro de

energía no se vea afectado, en general busca hacer sostenible el Sistema Interconectado Nacional a largo plazo.

En síntesis, la Ley eléctrica pretendió que la oferta eficiente no podía desconocer el concepto de confiabilidad de dicha oferta energética, o sea que no debía dejar por fuera recursos como la generación térmica que, si bien podían ser menos eficientes que la generación hidroeléctrica, se requerían como respaldo al sistema y en especial ante situaciones de veranos o de sequías como las asociadas a la presencia del Fenómeno del Niño.

En cumplimiento de lo anterior la CREG expide la resolución 053 del 28 de diciembre de 1994 “Por la cual se dictan disposiciones para el funcionamiento del mercado mayorista de energía durante el período de transición hacia un mercado libre y se modifica parcialmente el Acuerdo Reglamentario para el Planeamiento de la Operación del Sistema Interconectado Nacional” y determinó la valoración de la capacidad de generación de respaldo que se aplicaba a las plantas térmicas, tal como se concluye en el artículo 4 de la mencionada resolución:

Las empresas propietarias de plantas termoeléctricas con un factor de disponibilidad promedio demostrada a nivel anual inferior a 0.65 que deseen presentar a estas plantas como candidatas al respaldo del sistema podrán solicitar su inclusión ante la Unidad de Planeamiento Minero-Energético (UPME) si demuestran que han realizado los trabajos de mantenimiento o rehabilitación necesarios para aumentar la disponibilidad a los niveles requeridos.

Como se observa, el **cargo por respaldo** se circunscribió a remuneración de **plantas térmicas**. Este cargo existió hasta diciembre de 1996.

La resolución CREG 116 de 1996 “Por la cual se precisa el método de cálculo del Cargo por Capacidad en el Mercado Mayorista de Electricidad y se aplaza su fecha de entrada en vigencia”, creó el **cargo por capacidad** que empezó a regir en enero de 1997 y que se aplicaba a todas las plantas de generación de energía incluyendo a las hidroeléctricas.

Este cargo por capacidad tuvo vigencia por 10 años y consistía en un mecanismo de remuneración administrado de la capacidad de generación, que garantizaba un ingreso fijo anual por megavatio instalado, a un precio definido por el regulador.

Además, tenía un sesgo hacia la potencia, remunerando la inversión por kilovatio instalado de los generadores, ocasionando que se remunerara por concepto de confiabilidad a plantas que probablemente no estaban disponibles en periodos secos, como las hidráulicas. No existía una obligación concreta de los generadores, asociada a esta remuneración. La Contraloría General de la República manifestó al respecto:

Tras diez años de aplicación de un primer esquema para garantizar una capacidad de generación de respaldo establecida en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994¹ y denominado Cargo por Capacidad

¹ La Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá entre otras, la función de *crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia. En el sector eléctrico, la oferta eficiente tendrá en cuenta la capacidad de generación de respaldo, la cual será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero-Energética en el plan de expansión.*

(con una asignación de cerca de US\$5.000 millones²), las deficiencias tales como la inestabilidad de los resultados de la herramienta de asignación de las unidades de generación, los problemas en la definición del producto y en la remuneración de la capacidad teórica, y la exclusión del comportamiento y capacidad de pago de la demanda³; llevaron a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- a diseñar un esquema nuevo basado en un mecanismo de mercado denominado Cargo por Confiabilidad, esquema que opera desde el primero de diciembre de 2006, conservando lo esencial del sistema de liquidación, facturación y recaudo del anterior cargo.⁴

Para estudiosos en el tema este cargo por capacidad tuvo los siguientes defectos:

- Su objetivo y alcance no estaban claramente definidos.
- El CXC se asignaba por orden de mérito, de modo que probablemente estaba sesgado hacia tecnologías con menores costos variables, resultando en una mezcla subóptima de las mismas.
- No lograba garantizar que quienes fueran remunerados eran realmente los que aportaban a la confiabilidad del sistema. -Se remuneraba por concepto de confiabilidad a plantas que probablemente no estaban disponibles en periodos secos, como las hidráulicas.
- Para los hidráulicos se podría generar incentivos perversos a retener agua ya que la medición de la capacidad disponible se hacía con el nivel de embalses actual, no con el histórico.
- El producto a remunerar no estaba claramente definido, ni un mecanismo de exigibilidad del mismo.
- No es claro que el precio de la confiabilidad haya sido el adecuado ni el eficiente.⁵

Debido a estas falencias la CREG reemplazó el modelo Cargo por Capacidad por el que hoy llamamos **cargo por confiabilidad** que rige a partir de diciembre del año 2006, mediante la Resolución 71 de 2006 “Por la cual se adopta la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía”. El diseño del nuevo sistema promueve la confiabilidad del sector en períodos de escasez e incentiva nuevas instalaciones en generación de respaldo, cumpliendo así con su objetivo central. Su vigencia es indefinida y su periodo anual va de 1 de diciembre a 30 de noviembre.

El Cargo por Confiabilidad se define como **la remuneración que se paga a un agente generador por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de la ENFICC⁶**, que garantiza el cumplimiento de la Obligación de Energía Firme -OEF- que le fue asignada en una Subasta para la asignación de OEF's u otro mecanismo que haga sus veces. Esta energía está asociada a la Capacidad de Generación de Respaldo y **es la que puede comprometerse**

² CREG; Documento D-038-2004; 25 de junio de 2004; página 15.

³ Propuesta para la Determinación y Asignación del Cargo por Confiabilidad en el Mercado de Energía Mayorista; Documento CREG 038 del 5 de junio de 2004.

⁴ Contraloría General de la República, INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACION ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN, Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía *Ricardo Rodríguez Yee*. 2016.

⁵ Incentivos y estructura del nuevo cargo por confiabilidad en el sector eléctrico en Colombia, Julio E. Villareal Navarro y María Jimena Córdoba de la Rosa <http://www.scielo.org.co/pdf/iei/v28n3/v28n3a15.pdf>

⁶ **Energía Firme para el Cargo por Confiabilidad (ENFICC)**: Es la máxima energía eléctrica que es capaz de entregar una planta de generación continuamente, en condiciones de baja hidrología, en un período de un año.

para garantizar a los usuarios la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas.⁷

El objetivo de este mecanismo, en sus inicios, fue catalogada por estudiosos, de la siguiente manera:

Además, busca entregar a los generadores los incentivos de inversión y operación adecuados para construir y operar los recursos energéticos eficientemente, en la cantidad necesaria y logrando una mezcla óptima de los mismos; esta tarea es entregada al mercado. En sistemas hidrodominados como el colombiano eso significa tener las reservas hídricas y la generación térmica suficientes para proveer energía firme durante períodos de escasez. También busca ayudar a mitigar el uso del poder del mercado y de posición dominante en periodos de escasez. Otro objetivo deseable es el de lograr una reducción del riesgo que enfrentan tanto la demanda como la oferta para generar los incentivos necesarios hacia mantener una relación riesgo-rentabilidad óptima mediante una reducción de la volatilidad de los pagos a través del contrato.

...

El NCC es un mecanismo de mercado basado en la competencia que busca garantizar un nivel de confiabilidad en el sistema en períodos de escasez a través de la generación de incentivos a la inversión en capacidad de respaldo. Este modelo lo busca hacer mediante la estabilización del flujo de caja de los generadores y la reducción del riesgo de inversión que asume un generador de respaldo, a quien le es muy difícil recuperar los costos de inversión. A su vez, trata de aminorar el riesgo que enfrenta la demanda, protegiéndola contra altos precios que ocurren en periodos críticos, en los que generadores de punta con altos costos variables son despachados al ser necesarios para suplir toda la demanda.⁸

En términos sencillos, el cargo por confiabilidad es un mecanismo de cobertura contra el riesgo de racionamiento que busca estabilizar el flujo de caja (reducir el riesgo) de los generadores a través de un pago fijo por la confiabilidad que aporten al sistema. El producto remunerado por concepto de cargo por confiabilidad es la energía firme (firmeza /confiabilidad) OEF.

El mecanismo para estabilizar el flujo de caja se denomina **OEF – Obligación de Energía en Firme**, que es un vínculo jurídico que impone al generador la obligación de generar una cantidad diaria de energía durante la vigencia de la OEF, cuando el Precio de Bolsa supere el Precio de Escasez. Y correlativamente, la demanda tiene el derecho a comprar la cantidad de energía fijada en el contrato al precio de escasez a cambio del pago de dicha prima. La prima de las OEF es conocida como el cargo por confiabilidad.

El precio de escasez es determinado con anterioridad y es al cual se venderá toda la energía comprometida en OEF y permite recuperar los costos variables asociados a la generación. El principio de la definición del precio de escasez es considerar que si la tecnología más costosa lo puede hacer el resto del mercado también lo hará.

⁷ Resolución CREG 071 de 2006; Artículo 2.

⁸ IBID, p. 3

En efecto, la CREG definió una metodología para calcular el precio de escasez a partir de los costos variables de la tecnología menos eficiente (mayor heat rate)⁹, que en periodos de escasez sale despachada y puede operar con *fuel oil No. 6, que es el combustible más costoso*¹⁰. En teoría, refleja el costo de generación más alto en el que incurre el sistema cuando entra en un periodo crítico o seco.

En resumen, el cargo por confiabilidad se cristaliza mediante un pago mensual a quienes venden las OEF a cambio de la firmeza que aportan al sistema; este pago es el valor o *prima* de las OEF que es determinado en la subasta de confiabilidad o el mecanismo que haga sus veces. De esta manera, **a través del mercado**, se determina la cantidad de energía a ser remunerada (cobertura) y la asignación de la misma entre los generadores de manera competitiva.

COMPORTAMIENTO HISTORICO DEL CARGO POR CONFIABILIDAD

En los últimos 12 años, el recaudo total por el **cargo por confiabilidad**; ha sido superior a **24 billones de pesos**. Estos recursos han sido percibidos por las generadoras hídricas y térmicas. En total 21 empresas.

Las generadoras has recibido las siguientes cuantías:

AÑO	REMUNERACIÓN REAL INDIVIDUAL DIARIA -RRID- (\$COP) * TIPO HIDRICA	% RRID HIDRICA	REMUNERACIÓN REAL INDIVIDUAL DIARIA -RRID- (\$COP) * TIPO TÉRMICA	% RRID TÉRMICA
2007	\$ 682.363.466.425,40	48%	\$ 729.601.583.749,34	52%
2008	\$ 690.871.350.459,00	48%	\$ 762.576.793.076,44	52%
2009	\$ 773.863.469.683,36	48%	\$ 846.186.932.831,87	52%
2010	\$ 694.004.060.703,47	48%	\$ 757.631.565.684,96	52%
2011	\$ 752.245.869.400,72	47%	\$ 855.642.548.709,08	53%
2012	\$ 834.542.631.882,43	49%	\$ 866.946.840.559,61	51%
2013	\$ 950.214.059.416,60	48%	\$ 1.011.881.391.899,80	52%
2014	\$ 940.801.273.546,61	49%	\$ 968.479.232.331,38	51%
2015	\$ 1.428.237.509.195,53	52%	\$ 1.324.295.419.310,09	48%
2016	\$ 1.751.550.016.162,55	51%	\$ 1.671.422.455.506,43	49%
2017	\$ 1.748.929.267.118,46	50%	\$ 1.765.566.229.933,56	50%

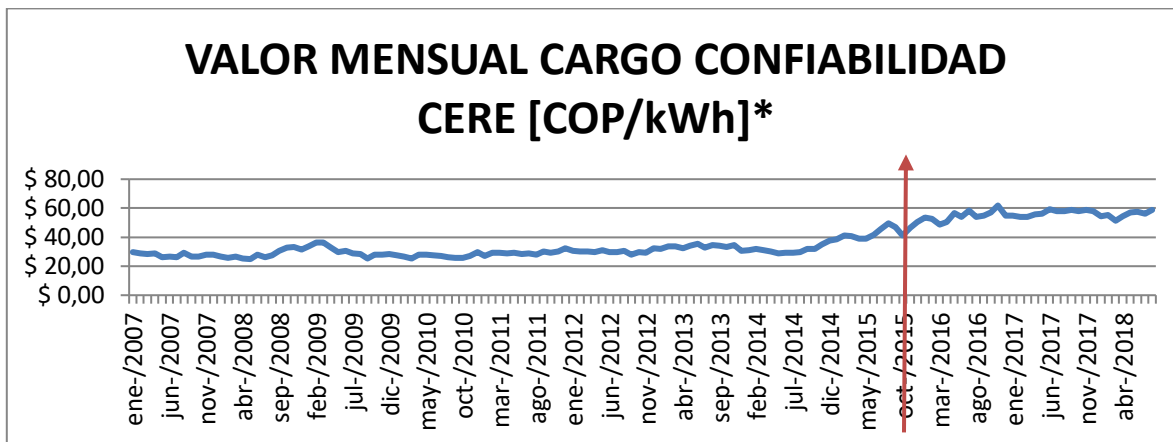
⁹ Planta Barranca 3

¹⁰ A la fecha de expedición de la Resolución 71 de 2006, pues en la actualidad el Fuel Oil 6 esta descontinuado y su uso es cada mes menor

2018	\$ 1.029.208.275.125,83	52%	\$ 956.624.651.669,36	48%
TOTALES	\$12.276.831.249.120,00		\$12.516.855.645.261,90	

Fuente MX oficio 010261-1 de agosto 29 de 2018

El rango del cargo por confiabilidad que se cobra mensualmente por cada kilovatio/hora estuvo alrededor de los **30 y 40 pesos desde 2007 hasta junio de 2015**. Recordemos que ese año se produjo la crisis energética que obligó al racionamiento voluntario por el fenómeno del Niño, y la salida de varios generadores en el mismo periodo. Mientras que desde **2015 a 2018**, el cargo de confiabilidad se ha mantenido entre **50 y 60 pesos** por cada kilovatio/hora.



Fuente MX oficio 025948-1dic 15 2016 y 010261-1 de agosto 29 de 2018

Fue en 2015 que la CREG emitió la Resolución 178, considerando que el fenómeno del Niño, la caída de precios de algunos derivados del petróleo, el cierre de la frontera con Venezuela y la disminución del gas disponible constituían una situación extraordinaria. Y crea una tarifa ficticia para el precio de escasez **por seis meses** en \$470,66/KW-h como remuneración de la energía generada por la termoeléctricas que operaran con combustibles líquidos.

La Contraloría General de la República calcula que en los 6 meses de vigencia de la Resolución 178 de 2015 de la CREG, los **generadores hidráulicos** recibieron más de **\$4,5 billones**.

Esta Resolución 178, fue ampliamente cuestionada por la Contraloría General de la República¹¹ y determino detrimento patrimonial por efecto de aplicación de esta resolución en más de \$168.000 millones, que corresponden al componente de subsidios cubiertos con recursos del Presupuesto General de la Nación.

Una vez concluyó la vigencia de la pluricitada Resolución 178, la CREG expidió Resolución 52 de 2016 "Por la cual no se prorroga la Resolución CREG 178 de 2015 y se adoptan otras medidas" esas medidas incorporaron otro límite: "el precio de escasez será el mayor entre el valor de octubre de

¹¹ Contraloría General de la República, INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACION ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN, Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía Ricardo Rodríguez Yee. 2016.

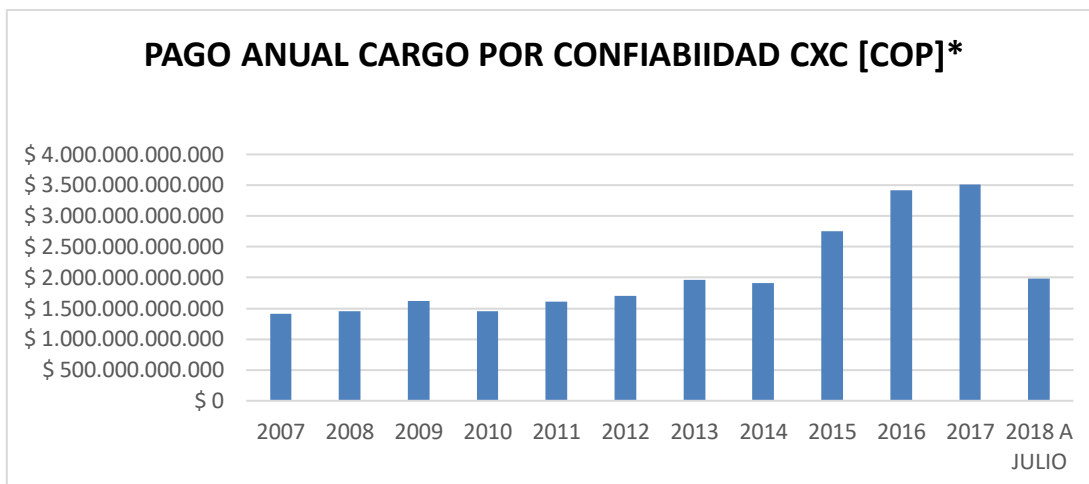
2015 y el definido al aplicar el numeral 1.4 del anexo 1 de la Resolución CREG 071 de 2006". Artículo que es idéntico al artículo 2 de la Resolución 178/15.

Queda evidenciado como la CREG fijo un piso para el precio de escasez. Lo que genera cuantiosas ganancias a las hidroeléctricas *ad infinitum*, como lo evidenció la Contraloría General de la Republica.

Con ese contexto normativo, el recaudo anual del cargo de confiabilidad, de conformidad con la información suministrada por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. ESP como administrador del sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) y Centro Nacional de Despacho (CND), tiene un incremento drástico pasando de alrededor de **2 billones año a más de 3,8 billones proyectado para este año:**

AÑO	PAGO_CXC [COP]*
2007	\$ 1.411.965.050.174,74
2008	\$ 1.453.448.143.535,44
2009	\$ 1.620.050.402.515,23
2010	\$ 1.451.635.626.388,43
2011	\$ 1.607.888.418.109,80
2012	\$ 1.701.489.472.442,04
2013	\$ 1.962.095.451.316,40
2014	\$ 1.909.280.505.877,99
2015	\$ 2.752.532.928.505,62
2016	\$ 3.422.972.471.668,98
2017	\$ 3.514.495.497.052,02
2018*	\$ 1.985.832.926.795,19
TOTALES	24.793.686.894.381,90

* RECAUDO A JULIO 2018



Fuente MX oficio 025948-1dic 15 2016 y 010261-1 de agosto 29 de 2018

INFORME CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

El cargo por confiabilidad, para sus creadores (miembros CREG en el año 2006), es una remuneración anticipada que se le paga a las generadoras, con la finalidad de garantizar la confiabilidad en la prestación del servicio de energía eléctrica bajo condiciones críticas futuras que se podrían presentar en épocas de sequía.

Lamentablemente, la realidad del uso de los recursos recaudados bajo la figura del cargo por confiabilidad dista mucho de este loable propósito, como quedó en evidencia durante **la crisis energética 2015 - 2016**, en la que a los colombianos nos tocó salir a salvar el sistema haciendo un racionamiento programado porque, precisamente, el cargo no cumplió su cometido.

Por ejemplo, desde la estructuración del Cargo por Confiabilidad, **Termocandelaria S.C.A. E.S.P.** ha participado en todas las asignaciones tanto anuales como en las inversiones en proyectos existentes. En los diez años de funcionamiento del esquema de Cargo por Confiabilidad, esta empresa asumió OEF, por 23.647 GW-h por lo cual recibió una remuneración de \$ 759.742 millones y cuando se presentó el momento crítico (Fenómeno del Niño 2015 -2016) en el que se hicieron exigibles estas obligaciones, la térmica se abstuvo de honrar sus compromisos por los cuales ya había sido remunerada alegando que no contaba con los recursos para adquirir el combustible necesario para generar.¹²

En su momento no se hicieron esperar los cuestionamientos, debates y críticas al cargo por confiabilidad, dentro de las más connotadas las del actual Presidente de la República, doctor Iván Duque. Fue en ese momento que se configuró un consenso colectivo nacional del mediocre diseño y regulación por parte de la CREG en la Resolución 71 de 2006.

El *Informe de Resultados de Actuación Especial de Fiscalización* del año 2016 de la Contraloría General de la República evidencia como la falta de precisión en la regulación es la causante de que el cargo por confiabilidad no cumpla su cometido y que a su vez genera un incumplimiento no

¹² Contraloría General de la República, Boletín Sectorial "Evaluación de la Gestión a la intervención estatal frente a la crisis generada por el cargo por confiabilidad - Caso Termocandelaria S.C.A. E.S.P 2017

sancionado. No existe una precisión que obligue a estas generadoras a invertir en activos que permitan la generación en épocas de escasez. Esta desafortunada omisión ha ocasionado que las generadoras térmicas e hídricas hayan destinado la mayor parte de los recursos recibidos, al cubrimiento de sus gastos ordinarios y al mantenimiento de la capacidad instalada, dejando en segundo plano la expansión de la misma; que es menester para atender la tasa vegetativa del consumo.

La realidad es que los recursos del Cargo por Confiabilidad han sido registrados contablemente como Ingresos Operacionales por las Generadoras, en otras palabras, apenas lo reciben, se vuelve la caja menor de las generadoras. La Contraloría advierte que: “Esto no es deseable en la medida en que los recursos del cargo por confiabilidad son financiados por los usuarios y deben destinarse únicamente a mantener operativos los activos comprometidos en el Esquema y no a financiar toda la operación de una empresa”.

Otra falencia grave hallada por la Contraloría fueron las auditorías, se encontró que no se verificaron los parámetros y características de la ENFICC. De las más de 490 verificaciones que debieron realizarse, solo se hicieron 373, a cargo del CND en cabeza de XM S.A. E.S.P. quien respondió que no se realizaron todas porque la regulación no lo imponía. Se comprobó, por ejemplo, que nunca se verificó la energía contratada para cubrir mantenimientos.

Como consecuencia de este hallazgo, XM S.A. E.S.P. envía un oficio a la CREG para que se realicen los ajustes a la regulación, pero hasta el momento no se han efectuado.

El informe concluye que: “Se otorgó una remuneración a los diferentes agentes generadores por la disponibilidad de activos de generación con las características y parámetros declarados para el cálculo de su ENFICC, sin que se verificara por medio de auditorías y en su totalidad, dichas características y parámetros”, en otras palabras, se le impuso a los usuarios una remuneración, los usuarios la pagaron, pero nunca nadie supo a cambio de qué.

Como se mencionó anteriormente, las OEF, que es un vínculo jurídico que impone al generador la obligación de generar una cantidad diaria de energía durante la vigencia de la OEF. En cuanto al cumplimiento de las *Obligaciones de Energía en Firme -OEF*, el Informe de la Contraloría señala ampliamente como ellas se incumplieron, paginas 43-47, se extracta:

Para 2015 se destaca que las empresas con mayores desviaciones de las OEF comprometidas, corresponden a las operadoras de las plantas de Chivor (-99,95 GW-h, en noviembre), Termocandelaria 1 (-99,38 GW-h, en diciembre), Termocandelaria 2 (-95,47 GW-h, en noviembre), la cadena Pagua (-93,37 GW-h, en octubre) y Tebsa (-92,47 GW-h, en octubre).

Este déficit tuvo que ser cubierto con mayor generación de plantas como Sogamoso (182,65 GW-h en diciembre), Gecelca 3 (119,29 GW-h en diciembre) y Albán (101,41 GW-h en noviembre), las cuales debieron gastar sus recursos disponibles de forma más acelerada, aumentando con esto el riesgo de no contar con la energía suficiente para honrar sus obligaciones al finalizar la temporada seca.

De esta manera, si este vínculo contractual se vulnera y no hay consecuencias, no hay sanciones, **el modelo del cargo por confiabilidad deja de ser real y confiable**. En efecto, a pesar de las discrepancias observadas por las auditorías realizadas, la CREG no ha dispuesto la devolución de

pagos, ni las sanciones establecidas el artículo 39 de la resolución 71. De esta manera se ha generado un enriquecimiento sin causa, con la complacencia del órgano regulador (CREG).

En otro aspecto, el Informe de la Contraloría, expone como hay falencias en el *precio de escasez*, anuncia por ejemplo que “las plantas térmicas se han quejado del PE desde su implementación y del posible error que cometió la CREG al considerar como la planta más ineficiente a Termobarranca; pues las condiciones de operación críticas fueron alineadas con el mercado del Fuel Oil #6 y en el mercado colombiano el combustible más crítico es el Fuel Oil #2.”

Y a su vez, también ***“Acá no se muestran el balance para las hidráulicas; estas son las que más dinero por kW-h están ganando pues su costo variable es casi cero y por lo tanto se ganan todo el PE”*** (página 40) Se puede concluir entonces que el Precio de escasez beneficia exclusivamente a las hidroeléctricas.

Finalmente, la contraloría identifico que, a través de la determinación directa por la CREG, mediante la Resolución 178 de 2015 del Precio de Escasez (por seis meses fue de \$470,66/kW-h) para aliviar las pérdidas de los generadores térmicos que operan con combustibles líquidos se constituyó en un traslado efectivo a los usuarios de las pérdidas de los agentes cuyos costos sobrepasan el Precio de Escasez. Aspecto que es prohibido por el artículo 94 de la Ley 142 de 1994.

Como consecuencia de la elevación ficticia (directa de la CREG) del precio de Escasez y por ende de la tarifa del servicio de energía, la Contraloría estableció un detrimento fiscal por \$168.000 millones que corresponden al componente de subsidio cubiertos con Presupuesto General de la Nación.

Una vez concluida la vigencia de la Resolución 178 de 2015, La CREG, ignorando el anterior hallazgo de la Contraloría y la advertencia correspondiente, emitió la Resolución 52 de 2016 donde determinó que “el precio de escasez será el mayor entre el valor de octubre de 2015 y el definido al aplicar el numeral 1.4 del anexo 1 de la Resolución CREG 071 de 2006”. Lo que, como se evidencia, es idéntico al artículo 2 de la Resolución 178/15, descalificado por la Contraloría por las razones aludidas.

FALENCIAS DEL CARGO POR CONFIABILIDAD

1. **Su objetivo, alcance y control no están claramente definidos.** Existe un vacío jurídico al no precisarse la obligación de generadoras a invertir en activos que permitan la generación en épocas de escasez. Los recursos entregados por cargo de confiabilidad a las generadoras se han destinado al cubrimiento de sus gastos ordinarios y al mantenimiento de la capacidad instalada, en el caso de las térmicas a enjugar pérdidas; dejando en segundo plano la expansión de esta. Esto, aunado a la carencia de una auditoría estructurada y constante y la ausencia de control de los recursos.
2. **Hay un exceso de remuneración para las hidroeléctricas.** No garantiza que quienes son remunerados sean realmente los que aportan la confiabilidad del sistema. Se remunera en mayor medida por concepto de confiabilidad a plantas que probablemente no estaban disponibles en periodos secos, como las hidráulicas. El **Cargo por confiabilidad**, que al ser determinado de manera conjunta para hidroeléctricas y termoeléctricas, está sesgado hacia tecnologías con menores costos variables, resultando en una mezcla subóptima de las mismas. En efecto, es insuficiente para las térmicas (mayores costos variables) y un regalo para las hidroeléctricas cuyos costos variables se acercan a cero.

3. **No es claro que el precio de escasez haya sido el adecuado ni el eficiente.** La misma CREG tuvo que fijar un precio fijo y luego un piso (Resoluciones 178 de 2015 y 52 de 2016) para asegurar que las termoeléctricas que operaban con combustibles líquidos pudieran aliviar sus pérdidas, debido a que la concepción de la Resolución 71 de 2006 se hizo con base en un combustible que hoy está casi discontinuado (Fuel Oil 6). Y
4. Las **obligaciones de Energía en Firme -OEF**, que son vínculos jurídicos que impone al generador la obligación de generar una cantidad diaria de energía durante la vigencia de la OEF, en teoría asegura el cumplimiento de la disponibilidad de energía en épocas críticas o de sequía. Pero la misma regulación impide que el incumpliendo acarree consecuencias: sanciones:
 - En primer lugar, están los **anillos de seguridad**, que son medidas que permiten al generador incumplido ajustarse para evitar la sanción. Los anillos esta descritos en los artículos 58 -74 de la Resolución CREG 71 de 2006 y son a) acudir al mercado secundario de energía en firme, b subastas de reconfiguración, c) demanda desconectarle voluntariamente y d) generación de última instancia.
 - En segundo lugar, está la impresión regulatoria en materia de **auditorías**. No se realizan todas las que deben realizarse, existen parámetros que nunca se verifican; las auditorias que se realizan no se hacen en el momento adecuado (sequia);
 - A pesar de que, en las auditorías realizadas se encontraron discrepancias en los valores observados y los reportados al momento de hacer la Oferta, ósea incumplimientos lo que daría lugar a la cesación de pagos por cargo por confiabilidad, esto no ha ocurrido.

De esta manera, **las OEF son una burla**. Son vínculos contractuales que, si se vulneran, no generan consecuencias, no hay sanciones. Provocando que el modelo del cargo por confiabilidad deje de ser real y confiable.

5. Siendo el inversionista quien decide la tecnología con la que participa, quedan por verse los resultados de la aplicación del Cargo en cuanto a la tecnología de los proyectos entrantes y por lo tanto la composición del parque generador, lo cual se relaciona con otros de los objetivos de la política energética, como la diversificación de la canasta energética y el sostenimiento de costos marginales que favorezcan las exportaciones de electricidad¹³. Un ejemplo de ello, son las barreras de entrada a las energías limpias.

CONTROL DE LOS RECURSOS DEL CARGO POR CONFIABILIDAD

Uno de los aspectos resaltados anteriormente, fue la impresión regulatoria en materia de auditorías y la falta de control sobre el uso de los recursos del cargo por confiabilidad.

Frente al tema de auditorías, en primer término, no se realizan todas las auditorias que deben realizarse, existen parámetros que nunca se verifican; en segundo lugar, no se hacen en el momento adecuado (sequia) o cual no genera certeza de los parámetros evaluados y, por último, a pesar de que, en las POCAS auditorías realizadas se encontraron discrepancias en los valores observados y

¹³ Contraloría General de la República, INFORME DE RESULTADOS DE ACTUACION ESPECIAL DE FISCALIZACIÓN, Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía Ricardo Rodríguez Yee. 2016. P. 9

los reportados al momento de hacer la Oferta, no han generado sanciones o cesación de pagos por cargo por confiabilidad para los generadores.

Adicionalmente, bajo el concepto de cargo por confiabilidad como una prima para los generadores, estos recursos, por un vacío jurídico, se han entendido privados. Por lo cual, la Contraloría General de la República no tiene competencia en verificar si se utilizaron bien o no.

En conclusión, la utilización de los recursos por cargo por confiabilidad no tiene vigilancia ni control.

Ante esta realidad, se propone la definición de la naturaleza de recursos recaudados bajo este mecanismo normativo como públicos, como de carácter pública. Con ello, se allana el camino para que los órganos de control y la Fiscalía General de la Nación ejerzan sus competencias frente a la utilización de los recursos del cargo por confiabilidad porque se estaría en presencia de recursos públicos.

En concreto, no solo por el carácter de público sino también para el cabal cumplimiento de la ley estos órganos de control y vigilancia podrían desplegar todas sus facultades y atribuciones para corroborar que los recursos solo sean utilizados de manera correcta para el fin con el que fueron concebidos.

CONVENIENCIA DEL PROYECTO DE LEY

Todo lo anterior, converge inexorablemente en que el concepto de **remuneración** no está plenamente verificado en el cargo por confiabilidad. Y entramos en el campo de un cobro por acción del Estado (CREG) que no tiene contraprestación alguna. Más aún en derecho constitucional, de acuerdo con los conceptos de la H. Corte Constitucional se estaría en presencia de un impuesto.

Esa Corporación, determino varios componentes de la tarifa en el servicio público domiciliario

El ente estatal debe garantizar que esa prestación sea eficiente, es decir, que se asegure que las empresas que proporcionen el servicio lo hagan de manera eficiente, completa y atendiendo las necesidades básicas de la población. Para ello, también debe garantizar que dichas empresas recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con el fin de lograr una mayor competitividad, lo que se traduce en una mejor prestación del servicio.

El concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (art. 367) y ha surgido, en cabeza de los particulares, la obligación de contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los ***criterios de justicia y equidad*** (arts. 95, 367, 368 y 369 C.P.). Para determinar los costos del servicio hay que tener en cuenta una serie de factores que incluyen no sólo el valor del consumo de cada usuario sino también los aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente. Precisamente con tal fin la Constitución prevé que sea la ley la que fije no sólo las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, sino el régimen tarifario, en el cual se tendrán en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos.¹⁴

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C C-041 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Es necesario, tener especial cuidado en cuanto se refiere a la tarifa que se paga por la prestación de servicios domiciliarios como el de energía. Si bien la Corte ha establecido que no es simplemente el consumo lo que debe ser remunerado, sino también los aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente, ello debe ser real y no figurado.

En primer término, por imperio de la constitucional debe ser referido a los principios de justicia y equidad. Así como no hay gratuidad del servicio tampoco puede el prestador beneficiarse de recursos que no le corresponden.

Bajo tal contexto y características del sector de generación colombiano, a pesar de que la energía está definida como un bien privado, la confiabilidad está definida por la ley como un bien público que debe ser garantizado por el Estado; por lo tanto, se hace necesaria la intervención del mismo para asegurar la confiabilidad en el abastecimiento de energía y la protección de los usuarios finales contra precios altos o racionamientos.¹⁵

Esa intervención es de doble vía. No solo es en favor de los generadores, para que cuenten con recursos necesarios que garanticen las inversiones requeridas, sino que efectivamente el usuario tenga un servicio constante, eficiente y permanente.

Como se manifestó anteriormente, **las Obligaciones de energía en Firme -OEF no están cumpliendo su cometido**. A pesar de ser vínculos contractuales, su incumplimiento en la práctica no genera consecuencias, no hay sanciones. Adicionalmente, las hidroeléctricas se benefician en exceso del cargo, al tener costo variables cercanos a cero. **Para las hidroeléctricas es un regalo el precio de escasez**. Y por el contrario para las termoeléctricas, el Precio de Escasez es insuficiente, tanto que la propia CREG fija un precio piso, para poder solucionar la situación de las térmicas que trabajan con combustibles líquidos.

Por lo cual, es menester realizar varios ajustes a la regulación actualmente vigente, para lograr garantizar como mínimo, un pago justo y adecuado de las variables de confiabilidad del sistema de energía eléctrica.

Cordialmente,

JOSE DAVID NAME CARDOZO
SENADOR DE LA REPUBLICA

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2019

“Por medio del cual se dictan normas para asegurar la atención de la demanda de energía en condiciones críticas de abastecimiento”

¹⁵ Incentivos y estructura del nuevo cargo por confiabilidad en el sector eléctrico en Colombia, Julio E. Villareal Navarro¹ y María Jimena Córdoba de la Rosa
<http://www.scielo.org.co/pdf/iei/v28n3/v28n3a15.pdf>

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO. NATURALEZA DEL CARGO POR CONFIABILIDAD. Los recursos provenientes del Cargo por Confiabilidad (CxC), o de cualquier mecanismo regulatorio diseñado con el fin de asegurar la confiabilidad en el suministro de energía y cuya remuneración sea pagada por los usuarios del Sistema Interconectado Nacional (SIN) a través de las tarifas que cobran los comercializadores, tienen carácter público y en consecuencia estarán sujetos al control de la Contraloría General de la República, así como de los demás órganos de control y vigilancia del Estado.

ARTICULO SEGUNDO. Vigencia. - La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

Atentamente,

JOSE DAVID NAME CARDOZO
SENADOR DE LA REPUBLICA

Bogotá, Agosto de 2019

Señor
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
SENADO DE LA REPUBLICA
E. S. D.

Asunto: Presentación del proyecto de ley ____ *“Por medio del se cual dictan normas para asegurar la atención de la demanda de energía en condiciones críticas de abastecimiento”*

Cordial saludo,

En desarrollo de mi actividad legislativa, me permito presentar el siguiente proyecto de ley *“Por medio del cual se dictan normas para asegurar la atención de la demanda de energía en condiciones críticas de abastecimiento”*, para su correspondiente trámite en el Senado de la República.

Atentamente,

JOSE DAVID NAME CARDOZO
SENADOR DE LA REPUBLICA