

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

Bogotá D.C., 29 de octubre de 2024

Señores Doctores

MARCOS DANIEL PINEDA

Presidente

DAVID DE JESUS BETTÍN GÓMEZ

Secretario

COMISIÓN QUINTA CONSTITUCIONAL

SENADO DE LA REPÚBLICA

Ciudad.-

Asunto: INFORME DE **PONENCIA NEGATIVA** PARA PRIMER DEBATE en Senado del Proyecto de Ley 134 DE 2024 SENADO, “Por el cual se permiten nuevos modelos de negocio para impulsar la transición energética justa”.

Respetado s Señores Presidente y Secretario General:

Atendiendo la designación de la Mesa Directiva de la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley 5ª de 1992 y de acuerdo con su oficio No. CQU-CS-CV19-1208-2024 del 24 de septiembre de 2024, me permito rendir INFORME DE **PONENCIA NEGATIVA** PARA PRIMER DEBATE en Senado del Proyecto de Ley 134 DE 2024 SENADO, “Por el cual se permiten nuevos modelos de negocio para impulsar la transición energética justa”.

Cordialmente,



MIGUEL ÁNGEL BARRETO CASTILLO

Senador de la Republica

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

INFORME DE PONENCIA NEGATIVA PARA PRIMER DEBATE EN SENADO DEL PROYECTO DE LEY 134 DE 2024 SENADO, “POR EL CUAL SE PERMITEN NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO PARA IMPULSAR LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA JUSTA”.

1.- ANTECEDENTES

El 15 de agosto de 2024 fue radicado en la Secretaría General del Senado de la República el proyecto de ley suscrito por los honorables Senadores José David Name Cardozo, Inti Raúl Asprilla Reyes, Andrea Padilla Villarraga, Catalina Pérez Pérez, Isabel Cristina Zuleta, Pablo Catatumbo Torres, Esmeralda Hernández Silva, Wilson Arias Castillo y los honorables representantes Tamara Argote Calderón, Erick Adrian Velasco Burbano, Ermes Evelio Pete Vivas y Gabriel Ernesto Parrado Durán. La iniciativa fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 1337 de 2024 y posteriormente remitida a la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República.

Mediante oficio de la Secretaría General No. No. CQU-CS-CV19-1208-2024 del 24 de septiembre de 2024 nos fue confiada la ponencia para primer debate EN Senado al senador José David Name Cardozo, en su calidad de autor del proyecto y al suscrito.

Iniciativas anteriores

Con anterioridad a la presentación de esta iniciativa legislativa parlamentaria, ya se había presentado el Proyecto de Ley No. 320 de 2023 Senado 2023, 415 de 2023 Cámara “Por el cual se modifica el artículo 74 de la ley 143 de 1994” el cual fue radicado el 4 de mayo de 2023 en la Secretaría General del Senado, por parte de los senadores José David Name Cardozo, Edgar Diaz Contreras, Jamien Enrique Durán Barrera, Inti Raúl Asprilla Reyes, Andrea Padilla Villarraga, Catalina Pérez Pérez, Isabel Cristina Zuleta López y Esmeralda Hernández Silva. Este proyecto recibió mensaje de urgencia del Señor Presidente de la República, pero no se radicó ponencia para primer debate en las comisiones constitucionales tanto de la Cámara de Representantes como se Senado, por lo cual fue archivado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 190 ley 5ª de 1992.

2.- OBJETIVOS DE LOS PROYECTOS DE LEY

El Proyecto de Ley objeto de análisis lo componen dos propuestas normativas: (i) la modificación del artículo 74 de la Ley 143 de 1994, que de manera general incluye expresamente a la transmisión de energía dentro de las actividades que se pueden integrar en el marco de la cadena de prestación del

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Carrera 7 No 8 – 68 - Edificio Nuevo del Congreso - Mezz. Norte Oficina 2 - Tel 3823178-3823179

Email: miguel.barreto@senado.gov.co

Bogotá D.C

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

servicio de energía eléctrica; y (ii) la modificación al régimen actual de integración vertical del mercado de gas natural, habilitando a todos los agentes de la cadena a ejercer simultáneamente su actividad con la actividad de transporte.

En cuanto a la modificación al régimen de integración vertical del mercado de gas natural, en el artículo 2 del Proyecto de Ley se incluye que las empresas que participan en el sector de gas podrán desarrollar, repotenciar y/o convertir la infraestructura de hidrocarburos de su propiedad y/o ejercer la actividad de transporte de gas natural, hidrógeno, o de cualquier energético de origen renovable a través de dicha infraestructura. Para el efecto, la Comisión de Regulación de Energía y Gas ("CREG" o la "Comisión") tendrá tres meses contados a partir de la expedición de la ley, para adoptar la regulación diferencial pertinente.

De esta forma, se pretende convertir a Ecopetrol en el actor principal de la transición energética, permitiendo la integración vertical de este agente con la transmisión de energía eléctrica y en el transporte de gas natural e hidrógeno.

3.- INTRODUCCIÓN

Actualmente y de manera generalizada, se puede decir que hay un acuerdo en el sentido que, en materia de regulación económica, en lo que se refiere a la intervención del Estado en la economía ante la presencia de fallas de mercado, en especial en lo que atañe a los sectores de energía eléctrica y gas natural.

En este sentido, y conforme a la numerosa literatura y los debates realizados en el Congreso de la República sobre el tema regulatorio en el mercado de la energía y gas natural en Colombia, se puede afirmar que “los mercados de energía eléctrica y gas natural en Colombia presentan fallas de mercado, dado que (i) existe integración vertical entre actividades en competencia y en monopolio o entre dos actividades en competencia, (ii) hay concentración de la oferta y poder de mercado de agentes y (iii) la interacción entre la oferta y la demanda se enfrenta a problemas de riesgo moral. La suma de estos elementos ha derivado en la expedición de normas de comando y control para la promoción de la competencia por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (en adelante, CREG), lo que, a su vez, genera un escenario propicio para el cumplimiento creativo de las reglas.¹”

Cadena de valor de la energía eléctrica y el gas natural

¹ Plata Puyana, José Fernando, de Greiff Correa, Andrés. Competencia en los mercados de energía eléctrica y gas natural, ¿quién es la autoridad competente?. *Vniversitas Jurídica*, 72, Enero-Diciembre 2023.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

Las actividades que componen la cadena de valor de estos servicios públicos se encuentran definidas en la Ley 142/94, y se pueden explicar por medio de cuatro eslabones que intervienen en el siguiente proceso: (i) se comienza con la creación del energético, actividad que se conoce como generación de energía eléctrica o producción de gas natural; (ii) seguido por el transporte mediante redes de transmisión de energía eléctrica o gasoductos; (iii) posteriormente, la energía eléctrica o el gas natural se distribuye por redes en las ciudades; y, (iv) por último, el servicio se comercializa al usuario final.²

La transmisión, el transporte y la distribución corresponden a monopolios naturales³, dada la presencia de redes físicas y altos costos de inversión asociados. Por otro lado, las actividades de generación y de comercialización son actividades en competencia, de manera que el comercializador desempeña un rol de intermediación entre quien crea el energético para venderlo y el usuario que lo consume. Ausente ese rol de intermediación, el usuario asumiría la carga de negociar la electricidad directamente con el generador o el gas directamente con el productor, lo que ocasionaría una asimetría en el poder de negociación y unas ineficiencias por el desaprovechamiento de las economías de escala, situación que precisamente se busca remediar con la figura del comercializador, quien compra el energético en grandes bloques para revenderlo a los usuarios en pequeñas cantidades.⁴

Desde el año 2011, la OCDE advirtió sobre los riesgos de abusos de exclusión en materia de acceso a las redes para competir en los mercados de energía eléctrica y gas natural, en aquellas jurisdicciones que permiten que una misma empresa desarrolle de manera simultánea una actividad en monopolio (i.e. transmisión/transporte y distribución) con una actividad complementaria en competencia (generación/producción y comercialización).⁵

En palabras de la OCDE, en estos casos,

“la firma tiene la capacidad [...] para restringir la competencia a través de limitar la calidad u otros términos en los cuales una firma rival aguas arriba o aguas abajo obtiene acceso a los servicios del eslabón monopólico, para [...] limitar el alcance de la entrada de nuevos competidores en la actividad

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, Documento CREG 048 del 5 de julio de 2020, “Reglas generales de comportamiento de mercado para los agentes que desarrollan las actividades de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible”, pág. 8.

⁵ [OCDE. Restructuring Public Utilities for Competition. Annex. Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries as approved by Council on 26 April 2001 \[C\(2001\)78/FINAL - C/M\(2001\)9/PROV\], pág. 93.](#) Esta recomendación fue posteriormente actualizada.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

*complementaria, o para acudir a procedimientos legales o regulatorios que dilaten el otorgamiento de acceso.*⁶

En Colombia, el art. 74 de la Ley 143 de 1994 (sustituido por el art. 298 de la Ley 1955 de 2019) permite que un agente del mercado desempeñe de manera simultánea, ya sea por medio de una sola persona jurídica o mediante un grupo de agentes respecto de las cuales exista situación de control, las actividades de generación, distribución y comercialización. Antes de 2019, el art. 74 de la Ley 13 de 1994 únicamente permitía la integración entre las actividades de generación y distribución, o entre las actividades de distribución y comercialización.

A nivel regulatorio, esta regla se complementó con la Res. CREG 101 001/22, la que incorpora la figura del gestor independiente de datos e información (GIDI) como un agente sin vinculación societaria con prestadores del servicio público de energía eléctrica, para gestionar la información de los consumidores de la medición inteligente.⁷

Actualmente, las reglas o restricciones que existen en materia de transmisión son únicamente provenientes de la regulación y no de la ley en sí. Es decir, a pesar de que no existe una prohibición expresa de origen legal a la actividad de transmisión para integrarse con las demás actividades de la cadena de valor, sí existe a nivel regulatorio las limitaciones impuestas en (i) el literal (a) del artículo 10 de la Resolución CREG 022 de 2001 y (ii) el artículo 2 de la Resolución CREG 095 de 2007.

Además, el artículo 2 de la Res. CREG 095/07 señala que un generador, distribuidor y comercializador no podrá ser propietario de más del 15% de las acciones de una empresa que desarrolla la transmisión⁸, siempre y cuando los ingresos de la empresa transmisora “representen más del 2% del total de ingresos por concepto de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional”.

En cuanto al mercado de gas natural, los límites a la integración vertical provienen exclusivamente de la regulación. El art. 5 de la Resolución de la CREG 057/96 obliga a separar la propiedad de las actividades de transporte de la producción, distribución y comercialización de gas natural. Específicamente, la regulación mencionada prohíbe al transportador realizar de manera directa estas actividades, así como tener interés económico (*i.e.* 25% de la participación accionaria) en empresas

⁶ *Id.*, pág. 94

⁷ Plata Puyana, José Fernando, de Greiff Correa, Andrés. Competencia en los mercados de energía eléctrica y gas natural, ¿quién es la autoridad competente?. *Vniversitas Jurídica*, 72, Enero-Diciembre 2023.

⁸ El Consejo de Estado, mediante Sentencia de 2 de mayo de 2007, Expediente n.º 16257, C.P.: R. S. Correa Palacio, interpretó que los límites a la integración vertical solo aplican para empresas que sean constituidas después de 1994. Es por esta razón que actualmente existen en el mercado agentes que desarrollan de manera simultánea las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

que desarrollen tal actividad, de acuerdo con lo establecido en el art. 6 de la Res. CREG 057/96. Según este mismo artículo, un productor y un distribuidor podrán ser comercializadores de gas natural.

4.- INCONVENIENCIA DEL PROYECTO DE LEY

En materia de energía eléctrica

El artículo 1° del proyecto de propone modificar el artículo 74 de la Ley 143 de 1994, buscando que las empresas que ejerzan actividades del servicio público de energía eléctrica podrán desarrollar, de manera integrada, generación, distribución, comercialización de energía eléctrica y TRANSMISIÓN de energía eléctrica, así como las nuevas actividades que la Comisión de Regulación de Energía y Gas creen o asimilen.

Al respecto, La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-063/21 que declaró constitucional la disposición contenida en el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, en el contexto que *“el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 guarda conexidad directa e inmediata con los proyectos y programas incorporados al Plan Nacional de Desarrollo y su respectivo Plan Nacional de Inversiones. En efecto, la Corte encontró que esta es una norma instrumental que se relaciona de forma directa e inmediata con una apuesta sectorial incorporada en dicho Plan para el mejoramiento de la competitividad en materia de servicios públicos, la inclusión de nuevos actores en la cadena de prestación del servicio, y el aumento de la eficiencia del mercado energético...”*.

Si bien, el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 modificó aspectos generales de la regulación del mercado eléctrico, el mecanismo de integración vertical planteado por el Legislador no tendría mayores consecuencias sobre el esquema de prestación del servicio eléctrico, en el marco de la libre competencia y la formación de precios en el mercado eléctrico, pues en la práctica, la actividad de transmisión se mantendría independiente del esquema de prestación del servicio, en el marco de asegurar la libre competencia, tal como lo señala Providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 16257 de 2007, así:

“la actividad de generación es altamente competida (...) estos generadores se encuentran todos conectados a la red de transmisión, que se encarga de transportar la energía, conservando la calidad del sistema. **El transmisor sin embargo puede decidir no transportar la energía que un determinado generador disponga, por imposibilidades de carácter técnico, y decidir despachar otro generador, por las mismas razones; es decir, el transmisor tiene el poder de decisión frente a la energía que se transporta.** Este poder en la medida en que solamente tenga consideraciones de carácter técnico, no implica peligro, y puede ser asumido por las reglas que para el efecto determine

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

la Comisión de Regulación de Energía y Gas. **Sin embargo, cuando el transmisor tiene interés económico en algún generador, puede afectar su decisión prefiriendo un generador a otro, y beneficiando sus propios intereses.** Esto es posible porque la transmisión es un monopolio y en esa medida el generador perjudicado no tiene alternativa alguna. De la misma manera, el transmisor puede decidir a que (sic) distribuidor le suprime la energía, y al igual que en la generación, este juicio de valor puede afectar de manera grave a un distribuidor por encima de otro, perjudicando de esta manera a los consumidores. Sin embargo, lo verdaderamente importante de la estructura adoptada por el legislador, al evitar que el transmisor participe en las actividades de generación, distribución o comercialización, es el hecho que el transmisor independiente (sic), garantiza que los beneficios que se presenten por la competencia en precios y en cantidades en la actividad de generación, sean transferidos a los consumidores finales y no sean apropiados por el transmisor nacional”. (subrayado y negrillas fuera de texto)

Arguyó que fue el legislador quien determinó que las empresas que tuvieran activos en la red de transmisión nacional, podían conservarlos; que igualmente el legislador determinó la estructura desintegrada de la industria, como un mecanismo para facilitar la competencia entre los agentes en el mercado; que asimismo fue el legislador el que determinó que el transmisor nacional no podía participar en actividades de generación, comercialización o distribución y que el legislador facultó a la CREG “para que introdujera (sic) a través de la regulación, los mecanismos necesarios para garantizar un mercado transparente”.

A su juicio, **para la regulación era claro que el legislador concebía a la actividad de transmisión como independiente de las demás, pasiva desde el punto de vista de la consecución de mercados y ante todo- como el elemento fundamental para lograr que los beneficios del mercado de generación por la competencia misma que se presentaba entre los agentes, se transfiriera a los consumidores finales, asegurando así la prestación del servicio público de manera eficiente.**

Así mismo, en el proyecto de Resolución 701 008 de 2023 publicado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG, en su artículo 20 se indica lo siguiente, reafirma lo manifestado anteriormente:

*“Artículo 20. Independencia de la actividad de transmisión. **La actividad de transmisión debe ser desarrollada de forma independiente de las demás actividades de la cadena de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.***

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

Para este efecto, las empresas de transmisión constituidas con posterioridad a la expedición de la Ley 143 de 1994, no podrán configurar situación de control con agentes que hagan uso de su red de transporte de energía eléctrica para desarrollar otras actividades de la cadena de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica (...)

De otro lado, dado el pronunciamiento de la Corte y al tener en cuenta la Resolución de la CREG, pudiéramos prever que el Proyecto de Ley plantearía dar alcance permanente al texto propuesto en el Artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, no obstante, al revisar las modificaciones del proyecto de ley propuesto, observamos que se incorpora un cambio estructural en el lineamiento definido anteriormente a través de un PND, al permitir la integración de los agentes de la cadena, incluyendo la transmisión eléctrica y la distribución.

Al respecto, consideramos que este proyecto de ley propuesto introduce una modificación intensa, estructural y permanente a la normativa fundamental del sector energético colombiano, dado que se le permitiría al transmisor nacional, participar en otras actividades de la cadena eléctrica.

Lo anterior, en el contexto de asegurar la independencia, neutralidad y transparencia de la transmisión eléctrica en Colombia. En adición, en Colombia, dada la adquisición por parte de ECOPETROL en ISA, resulta aún más inconveniente la integración vertical entre la generación y la transmisión desde la perspectiva de competencia en el mercado, y más aún, dada la estructura de propiedad de XM como operador de mercado de electricidad en el país. Si bien en el texto del proyecto ley se propone la independencia total del operador del mercado de empresas de gobierno y de otros agentes, no se establece que sea inmediata esta escisión, con lo cual podrían presentarse conflictos de interés mientras se “expide normativa por parte del Gobierno Nacional en la materia”.

En adición, es adecuado revisar la experiencia internacional en torno a la estructura de propiedad de los operadores de mercados eléctricos, en el marco de no afectar el diseño de mercado en el país orientado a promover la competencia, y en el contexto de asegurar los objetivos de la transición energética sobre impulsar la participación del consumidores en el mercado de manera universal, justa e incluyente, se sugiere considerar que las empresas integradas con mayoría accionaria del Gobierno Nacional y que participan en el SIN, a las que hace referencia el proyecto de Ley 134-2024, realicen el desarrollo de proyectos de fuentes no convencionales de energía renovable a partir de contratos “virtuales” de compra de energía a través de empresas de generación del Gobierno Nacional que participan en el mercado eléctrico colombiano.

En este sentido, si una empresa integrada de la Nación prevé realizar un nuevo proyecto de energía proveniente de fuentes renovables no convencionales que contribuya a los objetivos de la transición

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

energética, éste podrá ser desarrollado a través un contrato virtual con generadores de la Nación bajo un esquema de contrato VPPA (Virtual Power Purchase Agreement) que contribuya a los objetivos de descarbonización y sostenibilidad del país, en donde el desarrollador entrega la energía al SIN, y a cambio, establece un compromiso financiero al comprador (empresa integrada) lo que incluye el desarrollo de certificados de energía renovables (REC).

Bajo este esquema, empresas públicas como EDF realizaron subastas de capacidad de generación para adquirir cuotas de participación en otros mercados (Ausbel, Crampton, 2009), y en la actualidad, los contratos “virtuales” se están llevando a cabo para viabilizar proyectos de energía renovable, en particular, por parte de empresas de petróleo y gas, orientadas a la transición hacia la sostenibilidad energética: “...Enbridge, el consorcio de transporte de gas, tiene una participación en la propiedad de múltiples proyectos eólicos. Occidental Petroleum (OXY) ha firmado acuerdos de compra de energía para obtener energía renovable para sus operaciones y Williams Companies, cuyo negocio se basa en el procesamiento y transporte de gas natural, está participando en la autogeneración, utilizando instalaciones de energía solar para proporcionar electricidad a su procesamiento y transmisión”.

Se considera con esta propuesta, el Gobierno Nacional podría potenciar la transición energética a través de las empresas de generación de la Nación, caso GECELCA, GENSA, URRÁ, que en la actualidad, suman una capacidad efectiva neta cercana a los 1500 MW, cerca del 8% del SIN; y con lo cual, con proyectos de energía renovable, el Gobierno Nacional podría consolidar su participación en el en el mercado eléctrico nacional como generador de energía eólica y/o solar, a partir de lo que podría incursionar el mercado global de hidrógeno.

En materia de gas

En lo que respecta al artículo 2° y en concordancia con el artículo anterior, este debe revisarse a la luz de las disposiciones sobre integración vertical, dado que el productor-comercializador de gas natural al poder convertir la infraestructura de hidrocarburos y ejercer como entidad de transporte de gas natural debería revisarse en el marco de las normas vigentes sobre promoción de la competencia en segmentos regulados.

En todo caso, si un agente que posee una infraestructura de transporte de hidrocarburos y prevé convertirla a gas natural o hidrógeno y demás, deberá surgir un proceso similar al que se hizo con la escisión de la actividad de transporte de Ecopetrol, como quedó reglamentado en la Ley 401 de 1997; a todas luces, el contenido de la propuesta reglamentaria va en contravía del espíritu mismo del legislador respecto al rol de Ecopetrol en transporte de hidrocarburos.

Por eso se ve inconveniente la propuesta del artículo 2°, y por ello, solicitamos revisar la pertinencia de este planteamiento, dado el efecto sobre la promoción de la competencia en los sectores regulados

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Carrera 7 No 8 – 68 - Edificio Nuevo del Congreso - Mezz. Norte Oficina 2 - Tel 3823178-3823179

Email: miguel.barreto@senado.gov.co

Bogotá D.C

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

del mercado de gas natural. Consideramos que una propuesta de este tipo debería tener un análisis de impacto normativo desde la perspectiva de estructura industrial lo que impone revisar cómo quedarían las medidas de participación de los agentes por segmento de la cadena en el contexto de la concentración vertical y horizontal.

En esa medida, el párrafo 1 del artículo 2 señala que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios realizará un monitoreo y generará indicadores sobre: “posibles conflictos de interés, conductas anticompetitivas, abusos de posición dominante, concentración del mercado, posibles riesgos sistémicos, uso ineficiente de la infraestructura existente”. Consideramos que esto debe revisarse a la luz de la definición de los segmentos regulados de la cadena dado que la Superintendencia de Servicios Públicos no tiene inferencia sobre el productor de gas natural, no obstante, sí sobre la comercialización.

En todo caso, es fundamental que se haga una revisión del impacto de esta propuesta sobre la cadena, la estructura del sector de gas natural a fin de evitar comportamientos monopólicos de una industria ya concentrada, como la que existe en la actualidad en donde más del 70% de la producción de gas del país está en manos de un solo agente, que al ser productor y transportador de gas generaría los riesgos de “bundling”⁹, los cuales se producen por unir dos actividades que pueden ser sujetas de competencia (producción de gas) con una que es monopolística (transporte de gas), por ello, se debe promover el “unbundling”¹⁰ a fin de garantizar la entrada de nuevos agentes en el contexto de la promoción de la competencia.

Vemos así que el efecto principal de la iniciativa es el levantamiento de la prohibición de integración vertical que actualmente se establece en los artículos 5 y 6 de la Resolución CREG 57 de 1996. Esto, en contravía y desconocimiento de que toda la normativa colombiana, en materia de separación de actividades en el servicio de gas natural, ha sido edificada a partir de la necesidad de que la actividad de transporte sea neutral e independiente.

Ciertamente, el Proyecto de Ley genera preocupación por los efectos que puede tener en el mercado de gas. Esto, pues al permitirse la integración de la actividad de transporte con otras de la cadena de suministro, se pone en riesgo el derecho a la libre competencia y a los principios constitucionales que contempla el artículo 333 de la Carta Política. A su turno, se alzan dudas sobre el impacto que ello puede tener en la prestación eficiente del servicio público domiciliario de gas, pues un nuevo régimen de integración de actividades como el que se propone podría generar barreras de entrada para nuevas

⁹ <https://fsr.eui.eu/unbundling-in-the-european-electricity-and-gas-sectors/>

¹⁰ Ibid.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

empresas y favorecer a aquellas que ya tienen un control y dominio establecido en el sector, especialmente, la producción.

En ese orden de ideas, se evidencia que el Proyecto de Ley, en lugar de fomentar la competencia y la innovación, podría conducir a prácticas anticompetitivas, perjudicando tanto a los usuarios finales como a la diversificación de la oferta de gas. Además, la falta de competencia podría limitar la eficiencia energética, ya que las empresas dominantes podrían carecer de incentivos para mejorar y optimizar sus procesos. En última instancia, esto podría traducirse en precios más altos y una menor calidad de servicio para los usuarios del mercado de gas natural.

Para ahondar sobre los riesgos que preliminarmente se identificaron, conviene empezar por señalar la finalidad de la actual prohibición de integración de actividades en el sector de gas y las razones que llevaron a que la CREG decidiera que, para asegurar la competencia en el mercado de gas, es necesario garantizar la independencia de la actividad de transporte.

Sobre este particular, es fundamental indicar que tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado, es a la CREG a quien le corresponde "(...) *controlar la eficiencia del servicio público de gas natural, lo cual, en los términos del numeral 73.11 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994, **implica regular esta actividad económica para promover la competencia entre los prestadores de los servicios público.***"¹¹ (subrayado fuera del texto original). Es en virtud de esta competencia que la CREG ha venido estableciendo, por medio de su regulación, normas relativas a la separación de actividades en el subsector de gas natural. Muestra clara de ello son los artículos 5 y 6 de la Resolución CREG 57 de 1996; disposiciones normativas que se podrían entender tácitamente derogados, o al menos indirectamente modificadas, a través del Proyecto de Ley.

Respecto de la integración de actividades en la prestación del servicio de gas, la CREG ha introducido diversas reglas en materia de separación de actividades que tienen por finalidad fomentar la libre competencia, y con ello garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida del servicio, atendiendo a los fines señalados en el artículo 2 de la Ley 142 de 1994.

Para el efecto, la regulación de la Comisión se ha expedido teniendo en cuenta una serie de análisis en relación con los impactos que la integración vertical de actividades podría tener sobre la libre competencia para el sector de gas, considerando no solo la interacción entre actividades monopólicas y actividades en competencia, sino también las relaciones verticales entre eslabones potencialmente competitivos². Es justamente a partir de estos análisis que la CREG diseñó los artículos 5 y 6 de la Resolución CREG 057 de 1996, cuyo objetivo es el de prevenir, de manera *ex ante*, el abuso de la

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto del 5 de marzo de 2021. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 11001-03-24-000-2016-00462-00

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

posición dominante de los agentes transportadores, teniendo en cuenta que la actividad de transporte de gas es un monopolio natural.

Bajo este entendido, las facultades que ha venido ejerciendo la CREG en relación con la definición de límites de integración vertical, y de participación en las actividades que hacen parte de la prestación del servicio público de gas, corresponden a un instrumento que busca corregir los errores de este mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, con el fin de garantizar la competencia y la adecuada prestación del servicio de gas.

5.- RIESGOS DE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE GAS EN CASO DE LA EXPEDICIÓN DEL PROYECTO DE LEY

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, y que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. Asimismo, dispone que el Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Para el caso de los servicios públicos domiciliarios, este mandato constitucional se materializa, entre otras cosas, por el deber que le asiste a todos los órganos del Estado, entre ellos el Congreso de la República, de promover y garantizar la competencia efectiva. Esta garantía y promoción de la competencia implica generar, de manera general, los incentivos en los respectivos mercados, con el fin de promover la entrada de nuevos agentes a los mercados y el desarrollo de tecnologías que generen eficiencias, entre otros, así como facilitar el acceso a la infraestructura existente por parte de terceros.

En ese orden de ideas, no se puede perder de vista que el mercado de gas en Colombia es un sector estratégico que, según está reconocido a nivel constitucional, requiere de una regulación adecuada para garantizar la prestación eficiente del servicio y el uso eficiente del recurso. Parte de esa regulación debe fundarse en el artículo 333 constitucional.

No obstante, lo anterior, el artículo 2 del Proyecto de Ley en lugar de ir en línea con los postulados constitucionales relativos a la libre competencia, los contraría y pone en riesgo su efectividad material.

Ciertamente, permitir la integración de la actividad de transporte, con actividades en competencia como la producción de gas, tiene el efecto potencial de propiciar conflictos de interés. Esto, en la medida que el agente que realiza la actividad monopólica (transporte de gas) suministra bienes o servicios esenciales para el desarrollo de las actividades en competencia con las que se permitiría integrar. Es decir, el agente transportador estará llamado a atender múltiples intereses en la prestación del servicio.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

Dada la anterior circunstancia, la prestación del servicio puede verse afectada por la restricción artificial a la entrada de potenciales competidores o a la expansión de competidores ya establecidos en el mercado. De igual forma, esta situación puede llevar a la exclusión o marginación de competidores, reduciendo así la presión competitiva en el mercado y llevando a una formación ineficiente de precios, o a una menor calidad del servicio.

La materialización de conflictos de intereses conlleva inevitablemente a riesgos de afectación al servicio, en la medida que con la integración se podrían propiciar escenarios en los que las empresas optarían por favorecer los objetivos propios por encima de los intereses del mercado y, en particular, los de los usuarios. Esto a su vez se puede traducir en una baja dinámica de competencia a lo largo de la cadena de prestación del servicio, generando pocos incentivos a realizar mejoras en la calidad del servicio por parte de los prestadores y pocos incentivos a la innovación y el desarrollo tecnológico. De esta forma, los agentes que participan en actividades en competencia (producción) de manera integrada con actividades monopólicas (transporte), tendrían posiciones de ventaja en el mercado, por la cual se podrían generar situaciones que permitan el traslado de costos y, en general, de ineficiencias a los usuarios. Es decir, se podrían generar transferencias de rentas y formación de precios ineficientes a los usuarios, cuando los agentes que desarrollen actividades en competencia con precios libres (producción) incluyan en el precio de suministro los costos ineficientes de las actividades monopólicas (transporte), incrementando los costos trasladados a la demanda. Precisamente, la CREG establece metodologías de remuneración para el transporte para garantizar precios eficientes, mientras que el precio de la comercialización de gas natural es libre.

6.- RIESGOS DE COMPETENCIA DESDE LA DOCTRINA Y LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CREG

En diferentes pronunciamientos, la CREG se ha referido sobre los efectos de la integración entre una actividad en el eslabón monopólico y una actividad en el eslabón en competencia. Como muestra de ello, en la Circular 103 de 2018, la Comisión explicó:

(...) Con respecto a las potenciales pérdidas en eficiencia ante la presencia de un agente integrado en varios eslabones de la cadena, se reconoce que tal condición genera efectos nocivos a la competencia. Estos surgen particularmente cuando el agente integrado participa simultáneamente en eslabones monopólicos (segmentos de la cadena donde es eficiente que haya un solo agente, como las redes de transporte, transmisión o distribución) y en eslabones en competencia (segmentos de la cadena donde es eficiente que participen tantos agentes como sea posible, como la producción y la comercialización). **En estos casos, el agente verticalmente integrado tiene incentivos para adoptar comportamientos estratégicos anticompetitivos en detrimento de los agentes con quienes compite en el eslabón competitivo. Cuando un agente**

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

integrado participa simultáneamente en un eslabón monopólico y en uno competitivo, puede excluir o restringir el acceso al eslabón monopólico, afectando negativamente la competencia en el siguiente eslabón de la cadena al impedir que un potencial competidor acceda al insumo del eslabón precedente. (Subrayado y negrilla fuera del texto original). Esta situación puede resultar en ineficiencias si, como efecto de la exclusión en el eslabón monopólico, se configura un monopolio o una posición con poder de mercado en un eslabón potencialmente competitivo.

En esa misma línea, la CREG, al explicar las razones que justifican que en el mercado de gas impere un régimen de separación y no de integración de actividades, indicó:

La suspensión de la disposición demandada [artículo 5 de la Resolución CREG 57 de 1996] perjudicaría el apropiado funcionamiento del mercado de gas y la adecuada prestación del servicio público. En tal medida, manifestaron que «resulta más gravoso para el INTERÉS PÚBLICO, conceder la medida que negarla pues la regulación de monopolios y la promoción de la competencia son elementos que permiten la prestación eficiente del servicio. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Nótese que, en esa oportunidad, la Comisión reconoció lo perjudicial que puede ser para la operación del mercado el levantamiento de la restricción a la integración de la actividad de transporte de gas con otras del sector. Ante un pronunciamiento como este por parte de la CREG, preocupa que con el Proyecto de Ley se pretenda la expedición de una norma que pudiera ser contraria a los análisis que ha adelantado la Comisión como entidad competente y conocedora del sector. Más aun cuando se evidencia que el Proyecto de Ley no viene precedido de ningún tipo de análisis económico y técnico que permita identificar los impactos del Proyecto de Ley respecto del sector en el que se pretende introducir.

En resumen, la preocupación del regulador en cuanto a los límites integración y participación se centra en la formación de precio eficiente. La CREG entiende que la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, no solo proviene del hecho de que un agente concentre una gran proporción del mercado, sino también de las relaciones verticales con otros eslabones de la cadena de valor, y de eventuales asimetrías de información. En consecuencia, y a manera de ejemplo, la CREG considera que entre las alternativas regulatorias a evaluar deben estar la conformación de mercados íntegros, caracterizados por la transparencia y la neutralidad"; y la búsqueda de condiciones que permitan a los usuarios cambiar de prestador con facilidad y con ello, fomentar la competencia.

De los pronunciamientos de la CREG se observa con claridad que la entidad ha señalado la necesidad de que, para el mercado de gas, se conserven las reglas actuales de separación de actividades,

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

especialmente tratándose de la actividad de transporte. A esta conclusión se llega, tras haber analizado la CREG todos los posibles efectos que puede tener sobre el mercado una eventual integración de actividades, y que, según lo previsto por la Comisión, representarían una afectación a la operación del mercado bajo condiciones de transparencia y neutralidad.

De esta forma, no puede ignorarse que la Comisión, como entidad técnica y especializada, ha señalado que, para el caso del sector de gas, la separación de actividades es un mecanismo fundamental para materializar la garantía de la libre competencia. De ahí que cualquier punto de flexibilidad que se pretenda introducir al ordenamiento jurídico deba ser excepcional y estar precedido de un análisis riguroso en el que se evalúe, por lo mínimo, el poder de mercado de los agentes, la presencia de asimetrías de la información entre agentes, garantizando, en todo caso, que la alternativa normativa a incluir propenda por la conformación de mercados íntegros y que fomenten la competencia en beneficio de los usuarios finales.

7.- RIESGO DE COMPETENCIA DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante la sentencia C-63 de 2021, la Corte Constitucional se pronunció sobre la integración de actividades para el caso del servicio público de energía eléctrica, señalando que en la habilitación dada por el Legislador a través de la expedición del artículo 298 de la Ley 1955 de 2019 se debía entender excluida la actividad de transmisión de energía eléctrica. Lo anterior por ser esta, al igual que la actividad de transporte de gas, una actividad que se ejerce bajo condiciones de monopolio natural.

Antes de entrar a detallar el alcance del pronunciamiento de la Corte, vale la pena reiterar que para el caso del servicio público domiciliario de gas no existe en la Ley 142 de 1994, o en ninguna otra, una disposición expresa que regule el tema relativo a la integración de actividades. Esto, a diferencia de lo que sucede para el sector de energía eléctrica, pues, respecto de este, el legislador de 1994 encontró conveniente y necesario establecer restricciones a la integración de actividades. En consecuencia, el levantamiento de dichas restricciones tuvo que hacerse también a través de una norma con rango de Ley, pues no podía la CREG por sí misma establecer condiciones diferentes a las previstas en el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 (original).

La anterior salvedad se hace, pues es necesario comprender que, para el caso del gas, el legislador entregó a la CREG la competencia de regular lo relativo a la libre competencia, separación e integración de actividades, regulación de monopolios, etc. Ello a su vez significa, que en caso tal de que se considerara conveniente levantar las restricciones que actualmente existen en materia de integración de la actividad de transporte de gas, dicho análisis debería ser adelantado en primera medida por la CREG, en su calidad de autoridad competente. Ello también para guardar armonía con el desarrollo normativo y regulatorio que se ha venido construyendo desde de 1994.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

Hecha esta precisión, corresponde ahora referirnos a la sentencia C-063 de 2021, en la que la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, se refirió a la actividad de transmisión como aquella excluida de la autorización de integración contenida en la norma. Dijo la Corte Constitucional en la mencionada sentencia:

“120. Fue en ese contexto que se expidió el artículo 298 de la Ley 1955 de 2019, mediante el cual se sustituyó el artículo 74 de la Ley 143 de 1994 e introdujo las siguientes modificaciones a la norma vigente en materia de integración vertical: (i) Extendió a todas las ESPD que tengan por objeto la prestación del servicio de energía eléctrica la posibilidad de desarrollar las actividades de generación, distribución y comercialización de manera integrada, incluidas las empresas que tengan el mismo controlante o entre las cuales exista situación de control, sin distinguirlas en función de la fecha de su constitución. (ii) **Excluyó la actividad de transmisión de aquellas que pueden ser ejercidas de forma integrada. (iii) Impuso a la CREG el deber de expedir regulación diferencial y adoptar medidas para la promoción de la competencia, la mitigación de conflictos de interés y la protección de los usuarios finales en las integraciones verticales ocurridas antes y después de la modificación normativa. (...)**

122. Identificado el contexto en el que se inserta la disposición estudiada, y detallado el alcance de su contenido normativo es posible concluir que se trata de una medida de regulación e intervención en el mercado energético que forma parte del proyecto o programa concreto del Plan Nacional de Inversiones contenido en la Ley 1955 de 2019 que: (...); (ii) **limita la integración para evitar riesgos evidentes de abuso de la posición dominante al excluir de la integración la actividad de transmisión, que es por definición una actividad monopólica cuya realización integrada genera los mayores riesgos de abuso de la posición dominante y prácticas no competitivas;** y, (iii) fija condiciones explícitas para precaver el abuso de la posición dominante de los agentes integrados al imponerles cuotas mínimas de compra de energía a terceros. (...)

131. Elevar a una norma con rango de Ley la restricción que había sido adoptada por el ente regulador en relación con la exclusión de la actividad de transmisión de aquellas que pueden ser realizadas por un agente integrado, e imponer un límite estricto a la porción de la demanda que puede ser atendida con energía propia, **son mecanismos instrumentales para promover la competencia y reducir el riesgo que puede tener la integración vertical para la fijación de precios y la prestación eficiente del servicio.** Por ello, es razonable que el Legislador haya adoptado esta medida que tiene un fin planificador y de impulso a la ejecución de un proyecto o programa concreto descrito en el Plan Nacional de Inversiones, como un medio para alcanzar los fines que se fijó en las Bases del Plan consistentes en modernizar el mercado y. promover la competencia”.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

Como se lee, en esa oportunidad, la Corte sostuvo que la exclusión de la actividad de transmisión de aquellas que pueden ser realizadas por un agente integrado tiene su razón de ser en la necesidad de evitar riesgos "evidentes" de abuso de la posición dominante. Esta es la misma razón que ofreció la CREG, para efectos de determinar la necesidad de implementar una restricción de integración para la actividad de transporte de gas. No obstante, el Proyecto de Ley omite hacer un análisis al respecto.

Es importante señalar que, en la sentencia de la Corte Constitucional, dicha corporación indicó, como también lo ha hecho la CREG tratándose de la actividad de gas, que la integración de una actividad monopólica con una actividad en competencia genera riesgos de abuso de posición dominante y prácticas no competitivas. En palabras textuales de la Corte:

Por otro lado, **la integración vertical representa riesgos importantes para: (iii) la competencia, particularmente cuando el agente integrado participa simultáneamente en eslabones monopólicos (transmisión) y en eslabones de competencia (comercialización) pues en estos eventos el agente integrado tiene incentivos para adoptar comportamientos estratégicos anticompetitivos que perjudican a los demás participantes del eslabón competitivo;** y, (iv) el sistema en tanto una falla del agente integrado puede impactar a otros agentes o a la prestación misma del servicio. En particular, cuando por efecto de la integración un agente es muy grande en relación con el mercado, o con los demás agentes, es posible que asuma que cuenta con el respaldo del Estado ante fallas eventuales, lo cual reduce los incentivos para gestionar de manera eficiente los riesgos de su operación. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, de los extractos jurisprudenciales es posible concluir que, como lo dijo la Corte Constitucional, excluir actividades monopólicas, como el transporte de gas, de aquellas que son susceptibles de integrarse, persigue un fin legítimo y se alinea con el deber que le asiste a todas las entidades del Estado de prevenir la configuración de situaciones que vayan en contravía de la libre competencia. Es más, es en virtud de este deber que, como ya se dijo, el Congreso de la República no podría votar favorablemente un Proyecto de Ley que contiene una disposición que, en lugar de promover y garantizar el derecho a la libre competencia, materializa los riesgos que han sido advertidos tanto por el regulador como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, permitir la integración de actividades en competencia (producción) con actividades monopólicas (transporte), convertiría al agente integrado en una compañía "muy grande para fallar", con alto poder de mercado y pocos incentivos para hacer una gestión eficiente de los riesgos financieros, técnicos, entre otros; generando un impacto significativo en el abastecimiento y confiabilidad de los servicios de energía y gas natural. Esto inhibiría totalmente la competencia, reduciendo al mínimo la cantidad de agentes en el sector, condición contraria a lo que requiere un mercado energético para garantizar el abastecimiento de la demanda a precios eficientes.

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

8.- POSIBLE AFECTACIÓN A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE GAS NATURAL

El artículo 365 de la Constitución establece, entre otras cosas, que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos. A partir de esta premisa, desde la Constitución Política de 1991 se redefinió la concepción de los servicios públicos domiciliarios, fundamentándolos, entre otros, en los principios de libertad de empresas e iniciativa privada. Esto por ser principios fundamentales para generar eficiencias en la prestación de estos servicios, en beneficio de los usuarios finales.

No obstante, lo anterior, la integración de actividades que resulta del Proyecto de Ley puede tener por efecto la afectación de la prestación del servicio de gas ante la restricción artificial a la entrada de potenciales competidores o a la expansión de competidores ya establecidos en el mercado. De igual forma, como ya se ha advertido, esta situación puede llevar a la exclusión o marginación de competidores, reduciendo así la presión competitiva en el mercado, a la vez que puede llevar a una formación ineficiente de precios, o a una menor calidad del servicio. Lo anterior, afectando de manera particular a la población económicamente más vulnerable; situación que, contrario a lo planteado en el Proyecto de Ley, iría en contra del propósito de transición energética justa y de las garantías constitucionales que le asisten al Estado en relación con los servicios públicos domiciliarios.

9.- DEBER DE PREVENCIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA

Partiendo de lo expuesto, y advirtiendo los riesgos que eventualmente se materializarían ante una habilitación para la integración de actividades en el sector de gas, es claro que el Congreso de la República debe asumir un postura preventiva frente al Proyecto de Ley. Esto es así, pues, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, es deber del Estado, representado en este caso por el Congreso de la República, evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, lo que incluye impedir la materialización de situaciones que puedan significar una restricción de la competencia.

Este deber tiene que ejercerse de manera mucho más intensa tratándose de los servicios públicos domiciliarios, pues, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en estos servicios concurren los particulares como empresas prestadoras. Así entonces, corresponde al Congreso:

(...) “impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, **y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo**”

Dado lo anterior, resulta evidente que la protección del derecho y garantía de la libre competencia, como instrumento para garantizar la adecuada prestación del servicio de gas, exige del Congreso de

H.S. MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO

la República propender por el equilibrio entre las garantías individuales de las empresas y los derechos que le asisten a los individuos que participan del mercado, particularmente los usuarios. Dicho equilibrio se podría romper cuando, como sucede con este Proyecto de Ley, se permite integraciones empresariales que derivan en una práctica con visos monopólicos. Integraciones como estas, ha dicho la Corte Constitucional¹⁴, son incompatibles con la libre iniciativa privada, así como con los derechos de los consumidores, los cuales dependen en un mercado en competencia.

En este contexto, el deber de prevención que le asiste al Congreso guarda especial relevancia para el análisis del Proyecto de Ley bajo análisis, pues como ya se desarrolló, ésta tiene por finalidad permitir una integración que representa graves inconveniencias para el mercado de gas natural, en perjuicio no solo de los competidores, sino también de los usuarios finales.

Los balances energéticos en Colombia evidencian que el país requiere la ejecución de grandes inversiones para asegurar la suficiencia para la atención de la demanda de energía y gas. Ante estas necesidades, las medidas adoptadas por el Gobierno deben incentivar la participación de la inversión privada, lo contrario, deterioraría el atractivo del país para la inversión, impactando los avances en la prestación de los servicios en términos de calidad y cobertura, que han convertido a nuestro país en un referente del sector de servicios públicos en Latinoamérica.

10.- PROPOSICIÓN.

En virtud de las consideraciones expuestas, solicito a la Comisión Quinta Constitucional Permanente del Senado de la República **APROBAR EL ARCHIVO** del Proyecto de Ley 134 DE 2024 SENADO, “Por el cual se permiten nuevos modelos de negocio para impulsar la transición energética justa”.

De los Señores Senadores, cordialmente,



MIGUEL ANGEL BARRETO CASTILLO
Senador de la República