



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

CONCEPTO 502 DE 2020

(julio 11)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Ref. Solicitud de concepto¹¹

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 990 de 2002¹², la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – Superservicios es competente para “...absolver las consultas jurídicas externas relativas a los servicios públicos domiciliarios.”

ALCANCE DEL CONCEPTO

Se precisa que la respuesta contenida en este documento corresponde a una interpretación jurídica general de la normativa que conforma el régimen de los servicios públicos domiciliarios, razón por la cual los criterios aquí expuestos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011¹³, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹⁴.

Por otra parte, la Superservicios no puede exigir que los actos o contratos de un prestador de servicios públicos domiciliarios se sometan a su aprobación previa, ya que de hacerlo incurriría en una extralimitación de funciones, así lo establece el parágrafo 1 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

CONSULTA

Se transcribe a continuación la consulta efectuada:

“(...) aduce que el aumento en los servicios públicos alude a la sequía que se viene presentando en el país y que por ello al disminuir el nivel del agua en los embalses de Colombia deben aumentar el costo del servicio ya que se genera un mayor costo en la generación de energía eléctrica.

Quiero saber si esto es cierto y de qué manera exacta se hace este cargo al usuario y bajo que norma se autoriza a cargar este valor al usuario.”

NORMATIVA Y DOCTRINA APLICABLE

Constitución Política

Ley 142 de 1994^[5]

Ley 143 de 1994^[6]

Resolución CREG 131 de 1998^[7]

Resolución CREG 119 de 2007^[8]

Resolución CREG 183 de 2009^[9]

Resolución CREG 076 de 2016^[10]

Corte Constitucional, sentencia C – 150 de 2003

CONSIDERACIONES

Previo a desarrollar lo concerniente a la consulta realizada, debe indicarse que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 367 de la Constitución Política, el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios se fundamenta sobre los principios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, siendo el primero de éstos el que permite a quienes prestan los servicios públicos, recuperar los costos involucrados en la actividad que desarrollan.

En desarrollo de tal principio, el numeral cuarto del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, estableció como uno de los criterios para definir el régimen tarifario, el de suficiencia financiera definido así:

“ARTÍCULO 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

(...) 87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. (...)”

Por su parte, los incisos primero y tercero del artículo 44 de la Ley 143 de 1994, en tratándose del servicio público domiciliario de energía eléctrica, reafirmaron tal principio indicando:

“ARTÍCULO 44. El régimen tarifario para usuarios finales regulados de una misma empresa estará orientado por los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera, neutralidad, solidaridad y redistribución del ingreso, simplicidad y transparencia.

(...) Por suficiencia financiera se entiende que las empresas eficientes tendrán garantizada la recuperación de sus costos de inversión y sus gastos de administración, operación y mantenimiento, con el valor de las ventas de electricidad y el monto de los subsidios que reciban en compensación por atender a usuarios residenciales de menores ingresos. (...)”

De acuerdo con las citadas disposiciones constitucionales y legales, el precio que se cobre al usuario por el servicio que se le presta, bajo un marco regulatorio que propenda por la eficiencia, debe reflejar los costos en los que incurre el prestador por el desarrollo de la actividad a su cargo, de manera que se garantice con ello la suficiencia financiera y la permanencia del prestador en el tiempo, así como el mejoramiento de las condiciones de calidad con las que debe prestarse el servicio.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional, que en sentencia C – 150 de 2003, con ponencia del Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, declaró la exequibilidad del numeral 4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, indicando para el efecto lo siguiente:

“(…) 4.5.2.3. El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, por su parte, indica que "por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios".

De acuerdo con esta definición, la suficiencia financiera consiste en que las fórmulas tarifarias: (i) garanticen la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; (ii) permitan remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y (iii) permitan utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. Procede la Corte al análisis de cada uno de estos elementos, no sin antes resaltar que la suficiencia financiera es un criterio orientado no sólo a contemplar esos costos de mantenimiento de la prestación del servicio público domiciliario sino, además, de mejoramiento del mismo en cuanto se busca que se garanticen "la mejor calidad, continuidad y seguridad" para los usuarios.

4.5.2.3.1. Dice la norma que las fórmulas tarifarias han de garantizar a las empresas la recuperación de los costos y gastos de la operación, de la expansión, de la reposición y del mantenimiento, es decir, de los recursos económicos que deben utilizar las empresas para proporcionar el servicio al mayor número posible de usuarios para alcanzar el principio de universalidad consagrado en el artículo 365 de la Carta. La medición de los costos y gastos que se requieren para la prestación del servicio ha de tener como referencia los costos y gastos que tendría una empresa encargada de prestar el mismo servicio en un mercado competitivo, es decir, bajo condiciones de eficiencia con el mismo nivel de riesgo.

Ello implica que las fórmulas tarifarias deben contener criterios sobre la adecuada administración de los recursos, que no podrán incluir gastos innecesarios o suntuosos y que cada costo o gasto sólo podrá ser contabilizado una vez, independientemente del concepto al que corresponda según los parámetros técnicos aplicables. La recuperación de costos y gastos impide que un mismo costo o gasto sea contabilizado dos o más veces, puesto que en dicho evento, no habría sólo recuperación sino beneficios obtenidos en condiciones ineficientes, lo cual sería contrario al principio de eficiencia que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, ha de orientar la prestación de los servicios públicos. En este orden de ideas, la Corte encuentra que el criterio de recuperación de costos, según la definición contenida en la norma que se analiza, se ajusta, en principio, a la Constitución, sin perjuicio de otras posibles definiciones que el legislador pueda adoptar para el efecto, respetando también la Carta.” (Subraya fuera de texto)

Conforme a lo anterior, debe indicarse que la Ley 142 de 1994, artículo 73, asignó la facultad de definir el régimen tarifario a las comisiones de regulación, particularmente, en el caso del servicio de energía eléctrica, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible – CREG, quien desarrolla esta función considerando no sólo los principios y criterios anotados, sino también las disposiciones que en materia de tarifas contienen las Leyes 142 y 143 de 1994.

Una de estas disposiciones, es la contenida en el artículo 91 de la Ley 142 de 1994, según la cual: “Para establecer las fórmulas de tarifas se calculará por separado, cuando sea posible, una fórmula para cada una de las diversas etapas del servicio.”

Lo anterior, de manera que el usuario pague en forma agregada en su factura, la suma desagregada del costo que le corresponde por la prestación de las actividades de Generación (G), Transmisión (T), Distribución (D) y Comercialización (C), que junto con otros elementos como las pérdidas y las restricciones, dan como resultado el costo unitario de prestación del servicio, el cual se afecta con los subsidios que se apliquen o las contribuciones que se cobren en desarrollo del principio de solidaridad y que dependen, en este último caso, del estrato del usuario si este es residencial o de su actividad si en el predio receptor del servicio no se desarrollan, principalmente, actividades relacionadas con la vivienda de la persona.

Ahora bien, en cuanto a la actividad de generación, se entiende que la misma se refiere a la actividad de producción de energía, tal y como lo indicó la Resolución CREG 076 de 2016, que definió esta actividad como: "Producción de energía eléctrica a partir de cualquier tipo de fuente."

De esta forma, si a las empresas que desarrollan la actividad de generación, se les debe garantizar la remuneración de los costos en los que incurren para prestarla, puede concluirse que de aumentar el costo de generación, deberá reflejarse en un correlativo incremento del componente tarifario y, por ende, del precio que debe pagar el usuario por la energía que consume, tal como lo reconoce la Ley 142 de 1994 en su artículo 125.

En el caso colombiano, en donde cerca del setenta por ciento (70%) de la generación proviene de centrales hidroeléctricas, bajo condiciones de sequía el recurso hídrico escasea, paralelamente disminuye el nivel de producción que se ve compensada con una mayor generación térmica (a través de fuentes como el gas, el diésel y el carbón), cuyo costo es superior al de las centrales hidroeléctricas, conllevando con ello un incremento generalizado de los precios.

Lo anterior, aplica tanto para usuarios no regulados (que son aquellos que de acuerdo a la Resolución CREG 131 de 1998 tienen una demanda máxima superior a 0.1 MW o un consumo mensual mínimo de energía de 55 MWh por instalación legalizada y que en virtud de su propia voluntad y en función de sus consumos, han decidido hacer parte del mercado competitivo de acuerdo con la Resolución CREG 183 de 2009, lo que les permite realizar sus compras de electricidad a precios acordados libremente con los correspondientes comercializadores), como para usuarios regulados, que son aquellos que por su menor capacidad de consumo, se adscriben a las condiciones uniformes fijadas por la empresa que los atiende y la regulación tarifaria expedida por la CREG con la que se pretende su protección.

En el caso de la primera categoría de usuarios citados, la variabilidad de los precios al cual el comercializador que los atiende compra la energía que consume, dependerá de lo que se haya fijado en los respectivos contratos de servicios públicos, de acuerdo con lo indicado en el inciso primero del artículo 42 de la Ley 143 de 1994, según el cual las transacciones que se realicen con dichos usuarios son libres, por tanto remuneradas mediante los precios que de manera autónoma acuerden las partes.

Por su parte, en el caso de usuarios regulados, de acuerdo con el inciso segundo del ya citado artículo 42 de la Ley 143 de 1994, las ventas de electricidad serán retribuidas, sin excepción, por medio de tarifas sometidas a regulación que deben respetar el principio de suficiencia financiera al que ya se hizo referencia.

Respecto de esta última clase de usuarios, debe decirse que su tarifa se encuentra regulada en la Resolución CREG 119 de 2007, según la cual el costo de generación debe remunerar la actividad de producción de energía, así como la venta que de ésta se hace en el Mercado de Energía Mayorista (MEM), a través de contratos y del mecanismo de bolsa, por lo que si el costo de tal producción aumenta y paralelamente se incrementa el costo de la energía en contratos y en el mercado spot (bolsa), con toda razón la tarifa que se cobra al usuario deberá reflejar los incrementos, de forma que se garantice el principio de suficiencia financiera al que se hizo referencia.

No obstante, debe indicarse que la Resolución CREG 119 de 2007 en su Anexo No. 1, contempla que con el objetivo de proteger a los usuarios de variaciones bruscas del costo unitario del servicio (CU), la tarifa cuenta con un factor denominado AJ, que sirva como mecanismo de ajuste para diferir variaciones de costos superiores al treinta por ciento (30%) en un periodo determinado, en las compras en bolsa que realice el respectivo comercializador.

Lo anterior, no quiere decir que no se deba cobrar al usuario dicho incremento, en tanto ello representaría una vulneración del principio de suficiencia financiera que afectaría indebidamente al prestador, sino que la recuperación de dicho costo incrementado, se realizará mediante mecanismos de mercado que se implementarán gradualmente a través de una senda que permita en el tiempo al comercializador, recuperar los costos en que incurrió al comprar energía en bolsa para atender su demanda, a la vez que a los usuarios pagar el precio pero no en un solo momento del tiempo, evitando una afectación a su economía.

CONCLUSIONES

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se presentan las siguientes conclusiones:

Las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, deben reflejar la estructura de costos que permite su prestación, de manera que se garantice la suficiencia financiera y la permanencia del prestador en el tiempo, así como el mejoramiento de las condiciones de calidad con las que debe prestarse el servicio. Desde esa óptica, si por cualquier condición el precio de la generación de energía se incrementa, este aumento debe trasladarse al usuario sin perjuicio de la aplicación de los mecanismos regulatorios de ajuste y diferimiento, que buscan impedir aumentos bruscos en el precio que finalmente pagan los usuarios a través de sus facturas.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la dirección electrónica <https://www.superservicios.gov.co/?q=normativa>, donde encontrará la normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, así como los conceptos emitidos por esta entidad.

Cordialmente,

ANA KARINA MÉNDEZ FERNÁNDEZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Radicado 20205290751122

TEMA: GENERACION DE ENERGÍA – TARIFAS

2. "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".
3. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".
4. "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."
5. "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones."
6. "Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética."
7. "Por la cual se modifica la Resolución CREG-199 de 1997 y se dictan disposiciones adicionales sobre el mercado competitivo de energía eléctrica."

8. "Por la cual se aprueba la fórmula tarifaria general que permite a los Comercializadores Minoristas de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional."

9. "Por la cual se adoptan reglas relativas al cambio de usuarios entre el mercado no regulado y el mercado regulado y se adoptan otras disposiciones."

10. "Por la cual se definen las reglas para verificar la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos, y los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos, para la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en las zonas no interconectadas."

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.