



Ministerio de Minas y Energía

RESOLUCION NUMERO **113** DE 19

(10 JUL 1997)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.C.E., contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

LA COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524 y 2253 de 1994.

CONSIDERANDO :

1 o. Que mediante la resolución CREG-112 de 1996, la Comisión indicó las bases sobre las cuales aprobaría la fórmula tarifaria general que permitiría a las empresas comercializadoras determinar el costo de prestación del servicio de electricidad a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional y el procedimiento para definir esa metodología.

20. Que mediante la resolución CREG-007 de 1997 se prorrogaron algunos plazos del cronograma establecido en la Resolución CREG-112 de 1996.

30. Que mediante la resolución CREG-031 de 1997 la Comisión aprobó las fórmulas generales de costos y estableció la metodología para fijar el Costo Base de Comercialización.

40. Que mediante la resolución CREG-057 de 1997 la Comisión fijó el Costo Base de Comercialización para las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.C.E., aplicable a los usuarios regulados que estén conectados al Sistema de Transmisión Regional y/o Sistema de Distribución Local de la misma empresa.

50. Que mediante oficio del 14 de mayo de 1997, las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.C.E., interpuso oportunamente recurso de reposición contra la resolución CREG-057 de 1997, por medio del cual pide revocar la resolución 057/97 que fijó el costo base de comercialización de esa empresa en un valor de 2257 \$/factura (\$ constantes Diciembre/95), o en su defecto se modifique ese costo en una cuantía máxima de 4,451.79 \$/factura.

60. Que los argumentos con los cuales las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.C.E sustenta el recurso de reposición interpuesto, son los siguientes:

6.1 EMCALI esperaba que se reconociera el Costo inicial de Comercialización presentado por la Empresa, como lo dispone el artículo 8º literal a de la Resolución 112/96, un Costo final por el mismo concepto y un plan de ajuste entre los dos valores teniendo en cuenta que el numeral 2.6 del Anexo A de la citada Resolución se fijaba una meta por grupos de empresas y que en el artículo 7º de la misma se obligaba a presentar un plan de ajuste de dicho costo.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

6.2 Se desconoció que la Resolución 112/96 en su artículo 8º pidió que cada empresa informara el costo de comercialización para el primer año de vigencia debidamente soportado y EMCALI interpretó que tal información no sería materia de discusión, pese a lo cual la CREG fijó el costo para el primer año en \$2.257 por factura, lo que equivale a un 58.07% del valor solicitado que era de \$3.886.70 en pesos de diciembre de 1995.

6.3 Pese a que estaba previsto en la resolución CREG-112 de 1996, no se aprobó una metodología para el cálculo del costo de comercialización. Tampoco se hizo conocer de las empresas la metodología establecida en la resolución CREG-031 de 1997.

6.4 En Resolución 38/96, la CREG estableció los criterios para separación contable de las actividades, a los cuales EMCALI se ha sujetado y fueron los utilizados para asignar los costos a la actividad de comercialización que se remitieron para sustentar el costo inicial ya señalado. Sin embargo, la CREG cambió de opinión y excluyó del análisis ciertos rubros de gastos al fijar el costo en la Resolución que se recurre. Cita EMCALI como ejemplo el rubro de "Provisiones de cartera" y el de Impuestos, arguyendo que en "la legislación anteriormente proferida por la CREG" se consideraba lógico asociar dichos costos como de comercialización, pero como la CREG en la Resolución 31/97, Anexo 2, dispuso que depuraría los costos de comercialización y "esta depuración hace suponer que en el caso de EMCALI se debieron descartar los costos de Reposición de Activos No Eléctricos, Provisión de Cartera, Inversiones para reducción de Pérdidas, el Impuesto de Industria y Comercio y el Margen de Comercialización". Argumenta el recurrente que la CREG violó la Resolución 38/96 por esta razón.

6.5 Desconoce la CREG el hecho de que es la empresa la que está concediendo los subsidios para los estratos 1, 2 y 3, por insuficiencia de apropiaciones del Presupuesto Nacional. Argumenta la recurrente que por esta razón se viola el artículo constitucional 368 que permite el otorgamiento de subsidios por parte de la Nación, las Entidades Territoriales y las entidades descentralizadas con sus presupuestos, agregando que por igual razón se violaron los artículos 23 y 47 de la Ley 143 de 1994, aparte de indicar que la recurrente "está por fuera de los requisitos que establece la Resolución 81745 de 1.966 del Ministerio de Minas para acceder a subsidios con cargo al Presupuesto Nacional, de conformidad al artículo 9º De la citada Resolución".

6.6 La prestación del servicio público no puede ser gratuita sino onerosa, como lo ordenan el artículo 367 constitucional y varios de las Leyes 142 y 143 de 1994. Hace referencia a la Circular 003 de marzo 5/97 de la CREG sobre las convocatorias públicas que las empresas comercializadoras tienen que hacer para adquirir la energía que requieren para atender a sus usuarios regulados, Circular en la que se hace ver cómo no pueden introducirse condiciones que signifiquen discriminación o restricción a la libre competencia porque se violarían, entre otros, los artículos 30 y 35 de la Ley 142 de 1994 y 42 y 43 de la Ley 143 de 1994, a los cuales agrega la recurrente el artículo 34 de la primera Ley, que configura como una práctica discriminatoria la de cobrar tarifas que no cubran los gastos de operación o la prestación gratuita de servicios adicionales a los que contempla la tarifa o cobrarlos a precios inferiores al costo. Para reforzar su argumento sobre violación por parte de la CREG de esta norma, cita una Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de febrero 19 de 1997.

6.7 El Costo Base de Comercialización aprobado, conduce, según EMCALI, a un estado de insolvencia financiera por no recuperar los costos en que se incurre al prestar el servicio, especialmente por no tener garantizadas la recuperación de sus costos de inversión y sus gastos de administración... y el monto de los subsidios", invocando el artículo 90 de la Constitución para anunciar que "conservaría la posibilidad de buscar una reparación

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

pecuniaria contra las autoridades, por los perjuicios derivados del Costo Base de Comercialización fijado por los procedimientos de la CREG, porque:

6.7.1 En reuniones la CREG indicó que se reconocería el costo base de comercialización que presentara cada empresa, lo que no se cumplió;

6.7.2 Con relación a la técnica Análisis Envolvente de Datos, EMCALI afirma: "En ningún momento, durante el periodo de estudio de la información suministrada, la CREG hizo conocer a las Empresas dicha metodología; por lo tanto es imposible que las Empresas apliquen un modelo que ni siquiera conocen, y al que la CREG ha dado tratamiento de confidencialidad; por lo tanto será imposible que lo utilicen para calcular sus costos de comercialización".

6.7.3 La Resolución 31/97, que adopta las fórmulas tarifarias para usuarios regulados, modifica totalmente las reglas del juego al no permitir conocer la metodología que se utilizó para establecer el costo base de comercialización, al restringir el plan de ajuste de pérdidas al nivel 1 de tensión, al no demostrar la CREG que la metodología que utilizó para establecer el costo base de comercialización, denominado Análisis Envolvente de Datos, pueda ser aplicado en el sector eléctrico colombiano, al cambiar el plan de ajuste del costo de comercialización por un índice que solo se aplicará el primer año, sin definir absolutamente nada para los siguientes cuatro años y al incluir facturación para usuarios no regulados cuando la tarifa solo se aplica a los usuarios regulados;

6.7.4 Se cambiaron radicalmente de reglas del juego y se introdujo un factor totalmente externo como es el modelo Análisis Envolvente de Datos, violando el artículo 83 de la Ley 143 de 1994 que consagra reglas de interpretación de dicha ley con base en los mandatos constitucionales, los principios y fines establecidos en la propia ley, los principios generales del derecho, reforzando su argumento con la cita de un Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de febrero 6 de 1997, atinente a la responsabilidad estatal al dictar actos administrativos.

70. EMCALI solicita que se tengan y valoren como pruebas las siguientes:

7.1 DOCUMENTAL.

A.- Los informes mensuales de contabilidad entregados conjuntamente con el estudio de la Resolución 112 de 1996, del cual se anexa copia.

B.- El estudio presentado para la aprobación de las fórmulas tarifarias para el mercado regulado de EMCALI EICE, el cual se encuentra en sus dependencias pero se anexa copia.

C.- Copia del oficio dirigido al Doctor Jaime Saldarriaga, Experto de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el 31 de marzo del presente año, relacionado a los costos de facturación.

D.- Estimativo de pérdidas por nivel de tensión a febrero II de 1997.

7.2 PERICIAL.

La empresa solicita una inspección a las dependencias de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI EICE", para verificar lo afirmado por ella y para verificar que los costos de comercialización reportados asignados al mercado regulado son los reales, para que sirva de base para el recurso impetrado.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.C.E, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

Igualmente pide tomar como pruebas las estadísticas mensuales detalladas del **proceso de facturación**.

80. Que para resolver el recurso de reposición interpuesto, la Comisión considera:

8.1 Bases legales generales para aprobar el Costo de Comercialización de **energía eléctrica**.

Antes de examinar en detalle la argumentación de las Empresas Municipales de Cali "EMCALI" E.I.C.E, es del caso señalar que la Constitución, artículo 365, impone al Estado como criterio central en relación con los servicios públicos, asegurar que se presten bajo condiciones de eficiencia económica. De allí que las Leyes 142 y 143 de 1994 establecen como uno de los criterios básicos que la Comisión debe considerar al fijar las fórmulas tarifarias, el de eficiencia, el cual la ley lo define, 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.

87.1.- Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, . . "

Del At-t.87 de la Ley 142 de 1994, al igual que de los artículos 3º y 6º de la Ley 143 de 1994, resulta claro el mandato de que los costos de comercialización que se reconocen a las empresas, no corresponden a cualquier nivel y composición de costos. Las leyes asignan a la CREG la función de reconocer únicamente costos que obedezcan a criterios de eficiencia económica. En tal sentido, el artículo 6º de la Ley 143 de 1994 establece: "... El principio de eficiencia obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico."

Por tanto, la recuperación de costos y gastos de operación por parte de los prestadores del servicio, está limitada constitucional y legalmente por la eficiencia, y corresponde a la Comisión tomar medidas para que a lo largo del tiempo se reduzcan los costos en que realmente incurran las empresas, con el fin de asegurar la eficiencia, a no ser que ya se encuentren en un nivel óptimo de eficiencia. En esa misma dirección, la Ley ordena a la Comisión tener en cuenta los costos de cada empresa y examinar los de otras que operen en condiciones similares, pero que sean más eficientes. Así, el artículo 92 de la Ley 142 establece: " ...al definir en las fórmulas los costos y gastos típicos de operación de las empresas de servicios públicos, las comisiones utilizarán no solo la información propia de la empresa, sino la de otras empresas que operen en condiciones similares, pero que sean más eficientes".

Del mismo modo, el artículo 44 de la Ley 143 de 1994, reitera que tendrán que buscarse los costos que se darían en un mercado competitivo, lo que significa claramente **que debe compararse** la información dada por las empresas, con el propósito de **determinar qué** tarifas se producirían si hubiere multiplicidad de prestadores del servicio en un **mismo** mercado.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

Estos mismos criterios se han desarrollado en varios países con el fin de beneficiar a los usuarios, dentro del concepto de regulación por comparación con los más eficientes, para tratar de encontrar los costos que se darían, si existiera competencia entre varias empresas.

8.2 Metodología utilizada por la Comisión para determinar el Costo de Comercialización:

Teniendo en cuenta estos mandatos constitucionales y legales, la Comisión diseñó una metodología de evaluación de eficiencia comparativa. Dado que la comercialización, como actividad separada de la de distribución, es nueva, no se conocían los costos asignables a esa actividad específicamente. Por eso la Resolución CREG 112 de 1996, solicitó esa información a las empresas como una primera base. Luego la Comisión dividió las empresas por grupos homogéneos, diferenciándolos por la escala de cada mercado. Dentro de cada grupo, la metodología permite encontrar cuáles son los costos comparativamente más eficientes.

Es del caso señalar que los costos de comercialización corresponden a los costos máximos asociados con la atención a los usuarios regulados, con un esquema que incentiva la eficiencia de las empresas. Así está previsto en el numeral 2.6 del anexo uno de la resolución CREG-031 de 1997.

Desde el inicio de la actuación orientada a la aprobación de **tales** costos de comercialización, la Comisión indicó, mediante la resolución CREG-112 de 1996, artículo 8º literal a), que dentro de **tales** costos cada empresa debía expresar por separado los costos de lectura, precritica, critica, facturación, entrega de facturas, recaudo, atención de reclamos, cortes y suspensiones, reconexión, y los otros costos que pudiera justificar el **comercializador**. De esta manera, tanto la resolución 112 de 1996 como la resolución 31 de 1997 son claras en indicar que la actividad de comercialización y por ende los costos asociados con ella, es diferente de la actividad de distribución, a la que suele estar asociada, así como de las actividades de transporte y de generación de electricidad.

Esa distinción de costos por actividad está ordenada por la Ley 142 en el artículo 91, cuando establece: "Para establecer las fórmulas de tarifas se calculará por separado, cuando sea posible, una fórmula para cada una de las diversas etapas del servicio".

A su vez, la Ley 143 distingue con toda nitidez la comercialización de electricidad de las otras actividades relacionadas con este servicio, artículos 1º, 7º y 74º.

Para efectos de hacer la comparación de eficiencia relativa de las empresas, se conformaron dos universos, como antes se **indicó**. El criterio utilizado en la división de los mercados del país para efectos de comparación es la mediana con relación a la Escala, es decir, al Número de Facturas. Esto arrojó como resultado un universo A en el que se comparan Meta, Cundinamarca, Guajira, Magangué, Tuluá, Caquetá, Chocó, Pereira, **Huila**, Córdoba, Cauca, Quindío, Sucre y Electrocesar, y un universo B en el que se comparan Caldas, EPSA, Tolima, Norte de Santander, Nariño, Boyacá, Bolívar, Medellín, Bogotá, Cali, **EADE**, Santander y Atlántico.

La metodología utilizada por la CREG, contenida en el Anexo 2 de la resolución 31 de 1997, toma en cuenta los criterios de densidad, escala y productividad de mano de obra, dado que en la actividad de comercializar electricidad se presentan economías de aglomeración y de escala, y de otra parte reconoce que la situación actual de las empresas difiere entre ellas en materia de productividad.

La densidad del mercado de una electrificadora, que es una variable inversa con **relación a** la dispersión, es relevante en la determinación del costo base de **comercialización**. Mientras más baja sea la densidad, o lo que es lo mismo, más alta sea la **dispersión de un mercado**.

10 JUL 1997

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

seleccionado de un mismo universo comparativo de empresas, más alto es su Costo Base de Comercialización por factura (Co*), al considerar constantes otras variables.

El criterio de economías de escala significa que el efecto parcial de un mayor número de facturas es un menor costo eficiente de comercialización por factura, por lo cual los usuarios deben beneficiarse de esa economía. Así lo ordena el numeral 7º del artículo 2º de la Ley 142.

El número de facturas por empleado como criterio de productividad incorporado en la metodología, significa que mientras más alto sea ese número con respecto al que exhiben otras empresas de su universo comparativo, más eficiencia relativa, con relación a ésta variable, exhibe la empresa en consideración. Por lo tanto, asumiendo constantes las demás variables, menor será su costo.

De acuerdo con los criterios antes expuestos, y tomando en cuenta diferentes universos de empresas, se determinó el costo base de comercialización por factura para cada empresa, que le permita realizar esa actividad en forma eficiente, teniendo presente, además, que sólo los costos asociados con la atención de la clientela conforman el componente de comercialización. Esto es válido para todos los comercializadores, puesto que la metodología es de aplicación general.

Ese costo base de comercialización por factura, concepto que en la fórmula de costos de comercialización prevista en el numeral 2.6 del anexo uno de la resolución 31 de 1997 se denota como Co*, es un parámetro de la fórmula. Esta fórmula en conjunto determina el costo de comercialización de la respectiva empresa en cada periodo, a la variación acumulada en el índice de productividad del sector eléctrico. Para el primer periodo de regulación de 5 años, esta variación es del 1% anual. De esa manera se cumple el mandato legal, contenido en el artículo 87 numeral 1º Ley 142, según la cual los aumentos de productividad deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo.

8.3 Alcance del estudio de costos de comercialización suministrado por cada empresa:

a) De acuerdo con la resolución CREG-112 de 1996, se solicitó un estudio sustentado y verificable de los costos de comercialización de cada empresa, estudio al cual se atuvo la Comisión, tomándolo como cierto y serio respecto al nivel y composición de esos costos. Por tanto, la veracidad o exactitud de la información suministrada por la empresa, no ha sido puesta en tela de juicio por la Comisión, la cual presume la buena fe de todas las personas que adelantan gestiones ante ella, tal como lo dispone el artículo 83 de la Constitución. Así estaba previsto adelantar la actuación administrativa correspondiente, según el artículo 13 de la resolución 112 de 1996.

Con base en la metodología prevista en la resolución 31 de 1997 para determinar el costo de comercialización, tras asumir como cierto, verificable y sustentado el costo que presentó cada empresa, el análisis comprende una depuración de algunos rubros tales como el márgenes de comercialización, retornos del capital y márgenes para cubrir riesgos en general, con la finalidad de hacer comparables distintos costos de las empresas de un mismo universo, sin que ello implique dejar de lado esos rubros de costos, puesto que finalmente la metodología los reconoce, aunque bajo un criterio objetivo, uniforme y neutral de eficiencia, como lo ordenan las leyes. Este criterio está constituido por el margen del 15% sobre el costo de comercialización eficiente obtenido para cada comercializador, tal como está dispuesto en el numeral 2º del Anexo 2, resolución 31 de 1997. En este orden de ideas, la actuación de la Comisión no estuvo orientada a establecer si los costos presentados por las empresas, en general, eran o no ciertos, dada la presunción de buena

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

fe, sino a ponderarlos con criterios de eficiencia para autorizar que sólo dentro de ese nivel puedan trasladarse a los usuarios.

b) Como resultado de aplicar la metodología descrita, el valor aprobado puede no coincidir con el costo en que la empresa incurre para realizar la actividad de comercialización, cuando opera en condiciones de ineficiencia relativa frente a otras empresas **comparables**.

8.4 Sobre el argumento 6.1 de la recurrente:

No es cierto que la Resolución 112/96 previera que la Comisión aceptaría, sin examen, el Costo Base de Comercialización que presentaran las empresas. El artículo 14 de esa norma es claro cuando dispuso: *"Consideraciones para la decisión. La Comisión evaluará los costos de comercialización suministrados por cada prestador del servicio, teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) Forma de garantizar a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción promedia de costos en las empresas b) Forma de incentivar al comercializador a ser más eficiente que el promedio y de obtener beneficios sobre la mayor eficiencia. Con este fin se utilizarán metodologías de evaluación comparativa de costos con otros comercializadores o con grupos homogéneos de comercializadores y con los costos históricos de la misma empresa."*

También en forma explícita se indicó cómo llegaría la CREG a fijar ese costo de comercialización base según el anexo 2, numeral 2.6 de esa norma, que dice textualmente:

"2.6 Costos de comercialización reconocidos.

Mediante este cargo se reconocerán los costos asociados con la atención de los usuarios regulados, con un esquema que incentive la eficiencia de las empresas, en la siguiente forma": (aquí se insertó la fórmula)

"La variable explicativa más importante en términos de Costos de Comercialización es la densidad de usuarios que presentan las diferentes comercializadoras. El grado de concentración de los suscriptores se traduce en economías de aglomeración que determinan en gran parte el costo de prestación del servicio suplido por el comercializador. Una segunda variable explicativa es el número de suscriptores, puesto que hay economías de escala en los procesos de recaudo." . . .

Más adelante dice: "Los costos de comercialización para el año base (año 0) deberán ser propuestos a la CREG por cada una de las empresas con su debida justificación, de modo que este costo refleje la situación de eficiencia actual de las empresas. Acto seguido la CREG, con base en esta información estimará para cada grupo el costo de eficiencia de clientela de partida."

"Los ajustes por incrementos de eficiencia serán los que uniformemente lleven el costo de eficiencia en comercialización a los valores finales presentados anteriormente." (Se ha subrayado).

De la simple lectura de este numeral se desprenden dos hechos incontrovertibles: que desde la Resolución 112/96 se pidió a las empresas que hicieran una propuesta de costos de comercialización para el primer año y que a renglón seguido se advirtió que la CREG finalmente aprobaría el costo comparando la eficiencia de las empresas. No se sabe entonces con base en qué pueda sostener la recurrente que la CREG ofreció aceptar lo que cada empresa propusiera. Nada en la resolución CREG-112 de 1996 lleva a considerar que los costos que proponían serían obligatoriamente aprobados. Como lo dice el recurso: "EMCALI interpretó que tal información no sería materia de discusión". Es decir, EMCALI entendió eso pero la resolución no lo decía.

8.5 Con respecto a los puntos 6.3 y 6.7.2. planteados por la recurrente:

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

Tampoco se observa asidero para afirmar reiteradamente la ausencia de una metodología para calcular los costos base, puesto que en el mismo numeral transcrito se indican las dos variables principales (densidad y escala) a considerar por la CREG tomando los datos **que** le suministraran las empresas y se anticipó que las empresas se agruparían en dos grupos. La recurrente argumenta que la metodología no se divulgó y que por tanto ninguna empresa puede aplicarla. Lo primero no es cierto puesto que, como se transcribe, la **CREG** fijó las bases de la metodología en la propia Resolución **112/96**. Adicionalmente, mediante aviso de prensa publicado el 26 de diciembre de **1996** en el periódico El Tiempo, página II B, la Comisión informó ampliamente a las empresas del sector eléctrico y al público en general, sobre las decisiones adoptadas por la Comisión en relación con el trámite que llevaría a cabo para la aprobación de la fórmula tarifaria general y de la metodología aplicable a cada prestador del servicio para calcular el costo de prestación del servicio de electricidad, y citó a las empresas comercializadoras y a los terceros interesados, como son los usuarios del servicio de electricidad, en las decisiones que se adoptarían, para que, si así lo deseaban, se hicieran parte en dicha actuación y presentaran las observaciones escritas que estimaran convenientes sobre la metodología prevista para la determinación de los costos eficientes de prestación del servicio y sobre los costos de distribución en el nivel I de tensión y comercialización de electricidad en el Sistema Interconectado Nacional, en áreas no interconectadas, y de comercialización de Gas Propano (GLP).

De nuevo, mediante aviso de prensa publicado el día 2 de febrero de 1997 en la página 6D del diario El Tiempo, la Comisión informó sobre la actuación que adelantaba la comisión en esa materia, y puso en conocimiento del público en general la decisión adoptada por la resolución CREG-007 del 29 de enero de 1997, mediante la cual se ampliaron los plazos contenidos en el cronograma establecido en el artículo 6º de la Resolución CREG-112 de 1996 respecto de las empresas que prestan el servicio de electricidad en el Sistema Interconectado Nacional, para la aprobación de los parámetros de cálculo de los costos de comercialización de cada prestador del servicio.

Según lo dispuesto por la resolución CREG-007 de 1997, el plazo para que las empresas comercializadoras presentaran la información sustentada y verificable sobre los costos eficientes de comercialización, venció el 14 de febrero de 1997. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 14 y 28 del Código Contencioso Administrativo, 107 y 124 de la Ley 142 de 1994, y 1º de la resolución CREG-007 del 29 de enero de 1997, la Comisión citó nuevamente a los usuarios y a los terceros interesados en las decisiones que se adoptarían, para que, si así lo deseaban, se vincularan a la actuación y presentaran las observaciones escritas que estimaran convenientes sobre la metodología y sobre los costos de comercialización y distribución en el nivel I de tensión, del servicio de electricidad en el Sistema Interconectado Nacional, a más tardar el 14 de marzo de 1997. Los comercializadores también podrían, hasta esa fecha, presentar observaciones sobre los criterios y metodología prevista para determinar los costos eficientes de prestación de servicio. Todo lo anterior se informó públicamente en el periódico El Tiempo página **14B**, el día 13 de marzo de 1997. Vencido el plazo del 14 de marzo de 1997, la Comisión, teniendo en cuenta tanto su propio criterio como las observaciones presentadas, procedió a evaluar la información, y el 4 de abril de 1997 expidió la resolución CREG-031 en cuyo Anexo Número Dos estableció la metodología definitiva para la fijación del Costo Base de Comercialización, la cual incluye la adopción de la técnica Análisis Envoltante de Datos para efectuar la evaluación comparativa entre los comercializadores de un mismo universo. Un documento con la respuesta a las observaciones realizadas por las empresas sobre la metodología de fórmulas tarifarias planteada en la Resolución 112 de 1996, incluyendo lo relativo a los costos de comercialización, se hizo llegar a todos los comercializadores a través de la Circular No. 14 del día 29 de abril de 1997.

En cuanto a lo segundo que dice la recurrente, vale decir, que las empresas no **podían** aplicar una metodología que no conocían, lo crucial es indicar que la **metodología** finalmente establecida en la resolución CREG-031 de 1997 es para que la CREG la use,

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

como lo hizo, tomando los datos recibidos, las propuestas de costos iniciales que le hicieran las empresas y ella, como Autoridad legalmente investida de la facultad para fijar las fórmulas tarifarias, estableciera los valores. En consecuencia, el **comercializador** no requería conocer previamente la metodología finalmente adoptada por la CREG, pues el costo que debía presentar ante la Comisión, no es el que resulta de la metodología, sino el que refleja en cada empresa sus costos actuales, independientes de cualquier evaluación comparativa. Es claro que corresponde a la CREG fijar metodologías para establecer tarifas para los usuarios regulados (Ley 143 como funciones de la CREG: "Artículo 23 e. Definir la metodología para el cálculo de las tarifas aplicables a los usuarios regulados del servicio de electricidad.") y que el componente de comercialización debe tratarse por separado, al punto que la misma ley establece criterios concretos para los cargos de distribución y de transporte y, de otra parte, permite delegar en las empresas la fijación de lo correspondiente a comercialización si decide aplicar el régimen de libertad regulada pero en este caso se requiere la fijación de una metodología por parte de la CREG, según el artículo 8º de la Ley 143. Dentro de los parámetros legales enunciados principalmente en el artículo 44 de la misma ley, la CREG es autónoma en este aspecto y al recurrir al procedimiento dispuesto en la Resolución 112/96 sometió los criterios metodológicos al examen de los interesados, incluyendo las empresas prestadoras, sin que por ello renunciara a sus atribuciones, siempre dentro de los parámetros fijados por el Legislador, como se expresa en el artículo 1 1º de dicha Resolución. Con respecto a la confidencialidad practicada por la CREG, ésta se ha limitado a mantener en el anonimato el nombre de las empresas asociadas con los datos utilizados.

8.6 No es cierta la afirmación de la recurrente de que la CREG haya cambiado de "legislación" o de opinión con respecto a los costos asignables a la comercialización, porque los propósitos de la Resolución 38/96 sobre los estudios de viabilidad empresarial son muy diferentes a los de las Resoluciones que fijan componentes tarifarios. El artículo 181 de la Ley 142 de 1994, obligó a las empresas prestadoras del servicio eléctrico, a realizar estudios sobre su viabilidad empresarial antes del 11 de enero de 1997 (el plazo lo amplió la Ley 286 de 1996), conforme a la metodología que adoptara la CREG, lo que se hizo mediante Resolución 38/96. Se indicaron allí criterios genéricos para agrupar los activos, pasivos, ingresos y gastos en forma que permitiera examinar "la capacidad que tiene una empresa para cumplir con su obligaciones actuales y para generar los recursos que permitan realizar las inversiones que se necesitan para garantizar un nivel adecuado de servicio a los usuarios finales, al mismo tiempo que se genera la rentabilidad adecuada para remunerar las inversiones **realizadas**." (Artículo 1º) De manera similar se definió en este artículo el concepto de "viabilidad de una actividad".

El propósito de tal metodología era entonces específico: encontrar si cada empresa y cada actividad, tiene o no capacidad a la fecha de elaboración del estudio para cumplir con los objetivos legales y estatutarios. Se enfatiza que en este caso se requería conocer el estado real de cada empresa y actividad y a una fecha concreta, razón por la cual era indispensable incorporar, en el caso de los costos, la totalidad de los realmente incurridos para poder realizar un examen de la situación. Muy distinto es el propósito de solicitar, para efectos tarifarios, como lo hizo la resolución CREG-112 de 1996, especial para esta materia, la información que permita establecer los costos de eficiencia para desarrollar una actividad, por ejemplo la de comercialización, porque justamente, por mandato legal, a los usuarios no pueden cobrarse los costos en que una empresa incurra sino únicamente los de eficiencia.

De allí que no pueda afirmarse que la CREG cambió de opinión o que modificó la regulación. No debe perderse de vista que la metodología para conocer el estado de una empresa no puede ser igual a la que tenga como objetivo fijarle los costos racionales que puede trasladar a los usuarios a través de la tarifa, cuando opera bajo condiciones de eficiencia.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

8.7 Es cierto que para la recurrente se fijó un Costo Base de Comercialización inferior al que ella misma calculó, porque la CREG tiene la obligación de proteger a los usuarios regulados con tarifas que recuperen los costos eficientes de prestación del servicio, como lo disponen los artículos constitucionales 365 y 367, el 87 de la Ley 142 de 1994 y el 44 de la Ley 143 de 1994, entre varios otros. Pero pretender, como lo hace la recurrente, **que** todos los costos en que incurra una empresa deben trasladarse al usuario a través de la tarifa, sería desconocer abiertamente la exigencia superior que busca que se **paguen** solamente aquellos costos que se darían en un mercado competitivo. De prosperar la tesis de la recurrente, no harían falta ni reglas ni autoridades en materia tarifaria y bastaría que alguien estableciera la veracidad de los gastos de las empresas para que éstas los convirtieran en tarifas, cualquiera sea la gestión de las empresas.

8.8 No es cierto, como lo afirma la recurrente, que la CREG se abstuvo de diseñar un plan de ajuste para los Costos de Comercialización. Lo anunciado en la Resolución 112/96 en el artículo 16 citado en el considerando 7.1 y en el numeral 2.6 del Anexo 2, es bien claro en señalar que habrá un ajuste durante los cinco años para que el Costo Base o inicial vaya progresivamente alcanzando el costo final o último de los cinco años. Al parecer la recurrente busca el plan de ajuste en la Resolución 57/97 y al no encontrarlo concluye erradamente que no existe, ignorando que ésta no es sino una de las normas regulatorias que le aplican y que se refiere exclusivamente al primer año del costo de comercialización de EMCALI, razón por la cual no podría haber sido objeto de una resolución general sino individual. En el anexo 2, numeral 2.6 de la Resolución 031/97 se prevé el ajuste. La propia recurrente lo reconoce cuando en otra de sus manifestaciones de inconformidad arguye que la CREG fue **facilista** al adoptar un **índice** por productividad para efectuar el ajuste anual, desconociendo que diseñar un mecanismo para elevar la productividad es otro elemento de la estructura tarifaria que debe definir la CREG, como se lo ordena, entre otros, el artículo 87, numeral 1 cuando dispone "que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo". Aunque en la resolución CREG-112 de 1996 se propuso una fórmula inicial para el costo de comercialización en la cual la gradualidad quedaba determinada por los valores de Co al inicio del periodo regulatorio y Cf al final del mismo, la resolución CREG-031 de 1997 optó por modificar la forma matemática de establecer la gradualidad fijando una pendiente en la ecuación lineal en vez del valor final Cf. La pendiente se determinó como la variación acumulada en el Índice de Productividad del Sector Eléctrico, desde la vigencia de la fórmula tarifaria específica de cada empresa. Para el primer periodo de regulación, esta variación se fijó en el 1% anual, el cual implica un criterio prudente de exigencia a las empresas. En la forma como la recurrente trata en su argumento este factor de productividad, lo confunde con un impuesto, por el hecho de que cita el artículo 338 constitucional que señala las reglas sobre la tributación, sin ninguna relevancia con la resolución objeto del recurso.

8.9 En cuanto la gratuidad en la prestación del servicio, prohibida claramente por la Constitución y la Ley, no se ve por parte alguna a qué gratuidad alude la recurrente, puesto que está impugnando una parte de una fórmula tarifaria que obliga a efectuar unos cobros a los usuarios regulados, por venderles energía, sin exceptuar a ninguno.

8.10 Respecto de la suficiencia financiera, la recurrente confunde, en primer lugar, el concepto mismo en el sentido en que lo definen las leyes 142 y 143 de 1994, con una facultad que no existe en la ley para ninguna empresa de servicios públicos de trasladar indiscriminadamente a los usuarios cuantos gastos realice una empresa. Ya se ha dicho que por mandato expreso constitucional, el servicio eléctrico, como los demás de su clase, tienen que ser prestados de manera eficiente, y eficiencia implica seleccionar niveles de costos para autorizar únicamente los que sean racionalmente necesarios para prestar el servicio. Este criterio lo refleja la ley al anticiparse incluso al eventual conflicto entre eficiencia y suficiencia financiera, para lo cual indica cómo resolverlo al decir textualmente en el numeral 7 del

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

artículo 87 de la Ley 142 de 1994: " Los criterios de eficiencia y suficiencia financiera **tendrán** prioridad en la definición del régimen tarifario. Si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera."

8.11 No puede la CREG, al establecer los costos de comercialización, sustituir las previsiones constitucionales y legales en materia de subsidios. Precisamente todos los artículos que la recurrente cita en su memorial apuntan a que la nueva normatividad sobre el tema se basa en que las fuentes de los subsidios son recursos públicos, contribuciones cobradas a ciertos usuarios y aportes de los presupuestos oficiales. En tal sentido se consideran irrelevantes para la impugnación argumentos como los utilizados por la recurrente relacionados con los montos por concepto de subsidios, porque **tales** asuntos competen de manera exclusiva a los Gobiernos Nacional, Municipal o incluso Departamental, pero no a la autoridad competente para señalar las fórmulas tarifarias.

8.12 Sobre la mención que hace la recurrente de las pérdidas, cabe anotar aquí que este aspecto no es materia del acto impugnado, que es la resolución CREG-057 de 1997. Esta última tan sólo fija el Costo Base de Comercialización para EMCALI.

8.13 La demostración de la aplicabilidad del método se fundamenta en que éste ya ha sido aplicado para fines regulatorios en el sector energético en otros países. Su aplicabilidad no está relacionada con determinadas condiciones de competencia en el mercado.

8.14 No es relevante invocar las reglas de interpretación contenidas en la Ley 143 de 1994, como lo pretende la recurrente, por el hecho de que se introduzca una metodología de análisis comparativo, porque, como se ha señalado, la Ley 143 justamente obliga a fijar las fórmulas tarifarias teniendo en cuenta, entre otros factores, los costos de empresas más eficientes.

8.15 Sobre las pruebas:

a) Tal como se indicó en el numeral 8.3 de esta resolución, la tarea de la Comisión en esta actuación, no se dirigió a verificar si los costos presentados por las empresas eran o no ciertos, pues la CREG no ha cuestionado los datos suministrados por la empresa y sobre ellos presume la buena fe. El cálculo de Co* para cada **comercializador** se efectuó aplicando la metodología contenida en la resolución CREG-031 de 1997 en concordancia con lo previsto en la resolución CREG-112 de 1996, y la información pertinente, incluyendo la del Comercializador, pero además la de las empresas que constituyen parte del mismo universo comparativo. Esto explica, entre otras razones, que el valor de Co* aprobado por la CREG difiera del valor propuesto por el Comercializador. En la medida en que éste sea menos eficiente que otro Comercializador en su mismo grupo, el valor propuesto por el primero debe reducirse hasta un valor eficiente. Esta es la lógica básica del método adoptado en la Resolución CREG 031 de 1997 para establecer el Costo Base de Comercialización.

b) Las pruebas documentales solicitadas por la empresa ya fueron tenidas en cuenta y valoradas oportunamente por la Comisión como parte de la evaluación que condujo a la aprobación del costo base de comercialización de EMCALI, en la medida en que ellas son relevantes para los fines del recurso.

c) En cuanto a la prueba que solicita de realizar una inspección en las dependencias de **esa** empresa para verificar lo afirmado por ella y constatar que los costos de **comercialización** reportados son reales, de nuevo debe indicarse que no es objeto de controversia **la**

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.CE, contra la resolución 057 de Abril 4 de 1997.

veracidad y exactitud de los costos suministrados por la empresa. El análisis de la Comisión tiene por objeto evaluar el nivel de eficiencia relativa de **tales** costos.

En consideración a lo anterior,

RESUELVE:

Artículo 1o. No revocar la resolución CREG-057 de 1997, la cual se confirma en todas y cada una de sus partes.

Artículo 20. Notificar la presente resolución a EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI "EMCALI" E.I.C.E y hacerle saber que contra lo dispuesto en este acto no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

Artículo 30. Esta resolución rige desde la fecha de su notificación y deberá publicarse en el Diario Oficial.

Dado en Santafé de Bogotá, a los

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS CONTE LAMBOGLIA
Viceministro de Energía
Encargado de las funciones
del Despacho del Ministerio de Minas
y Energía.
Presidente


EDUARDO AFANADOR IRIARTE
Director Ejecutivo

