



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN No. 079 DE 2016

(07 JUN. 2016)

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En ejercicio de las atribuciones legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, y en desarrollo de los Decretos 1524, 2253 de 1994 y 1260 de 2013 y,

CONSIDERANDO QUE:

I. ANTECEDENTES

Mediante Resolución CREG 180 de 23 de diciembre de 2014, se establecieron los criterios generales para determinar la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional.

El día 30 de octubre de 2015 la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG expidió la Resolución CREG 190 de 2015, *Por la cual se aprueba el costo base de comercialización, el riesgo de cartera para usuarios tradicionales y para usuarios en áreas especiales del mercado de comercialización atendido por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali.*

a. Recurso EMCALI EICE E.S.P.

Mediante comunicación radicada en la CREG bajo el número E-2016-000128 del 7 de enero de 2016 las Empresa Municipales de Cali EICE, sobre la oportunidad del recurso la empresa expone:

OPORTUNIDAD

A la fecha de presentación de este recurso el representante legal de EMCALI EICE ESP, no ha recibido formalmente los documentos de notificación personal del acto administrativo mencionado CREG 190-2015.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left and the initials 'CPC' on the right.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

El día 23 de Diciembre de 2015, siendo las 4.05 p.m. el doctor HUGO ENRIQUE PACHECO DE LEON, Asesor Dirección Ejecutivo, le informa a la Ingeniera Sonia Teresa Salcedo Prieto, por el correo institucional de EMCALI lo siguiente.

"Buenas tardes..

La notificación por aviso se envió el día 18 de diciembre de 2015. Está dirigida al doctor Oscar Pardo Aragón...

La comunicación va acompañada de la Resolución CREG 190 de 2015 y el Documento 130 de 2015"

La misma funcionarla le comunica al Dr. Pacheco,

"esta correspondencias no han llegado, informo a usted que la correspondencia de EMCALI debe ser remitida: ventanilla Única - Centro Administrativo Municipal Torre EMCALI Av. 2 Norte entre Calle 10 y 11 Torre EMCALI Primer Piso".

El 28 de Diciembre de 2015, siendo las 12.35 p.m. el doctor Pacheco, escribió lo siguiente:

"De: hpacheco@creg.gov.co [mailto:hpacheco@creg.gov.co] Enviado el: lunes, 28 de diciembre de 2015 12:35p.m.

Para: SONIA TERESA SALCEDO PRIETO Asunto: RE: EMCALI

Buenos días Sonia

La citación para la notificación personal de la Resolución 190 de 2015 y la notificación por aviso fue enviada a la dirección suministrada en el membrete de la carta suscrita por el Gerente General de la Empresa mediante la cual presenta la solicitud de aprobación de cargos.

No he encontrado evidencia documental de que se haya informado un cambio de dirección, por tanto la notificación se ha surtido en forma regular.

De todas formas te remito el documento soporte y la resolución en Word"

En este momento habría de entenderse que nos han notificado por conducta concluyente, aunque consideramos que el sistema procesal consagra diferentes formas de notificación, dependiendo del tipo de providencia que se trate y reconociéndole el carácter principal a la notificación personal y de subsidiario a las notificaciones por aviso y por último por conducta concluyente porque ni siquiera se ha surtido la notificación personal.

NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE

Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia.

En este orden de ideas, la notificación por conducta concluyente es una modalidad de notificación personal que supone el conocimiento previo del contenido de una providencia judicial o acto administrativo (28 de Diciembre) y que satisface el cumplimiento del principio de publicidad y el derecho a la defensa, y tiene "como resultado que éstos asuman el proceso en el estado en que se encuentre, para, a partir ese momento, emprender acciones futuras en el mismo."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL TEMA DE NOTIFICACIÓN

Es de suma importancia resaltar que con la notificación no sólo se comunica de manera formal un acto administrativo al administrado, sino que, con dicho acto se permite el ejercicio del derecho constitución a la defensa. Por lo mismo se explica que el acto de notificación debe desarrollarse con las máximas garantías y con todas las formalidades previstas en la ley, pues, al respetarse las mismas se tiene la certeza, cálmenosle presunción, que el administrado tomó un cabal conocimiento del contenido del acto administrativo y por ende, se encuentra en la capacidad real de ejercer su defensa plenamente.

OS

CPC

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

"En el CAPÍTULO V. Publicaciones, citaciones, comunicaciones y Notificaciones. De la Ley 1437 de enero 18 de 2011

Artículo 66 Deber de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.

Artículo 67 Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.
(Subrayado mío)

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera. (Subrayado nuestro)

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

Artículo 68. Citaciones para notificación personal. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días".

OBSERVACIÓN. Revisada la Ventanilla única de EMCALI EICE ESP, no llegó ninguna citación para notificación personal.

"Artículo 69. Notificación por aviso. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino".

OBSERVACIÓN: Revisada la Ventanilla Única de EMCALI EICE ESP, no llegó ningún documento notificación con copia del acto administrativo.

"Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

11/93

CPC

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal"

"Artículo 72. Falta o irregularidad de las notificaciones y notificación por conducta concluyente. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales" (subrayado mío)

Por eso, el 28 de Diciembre de 2015, siendo las 12.35 p.m. cuando el doctor Pacheco, nos envía al correo electrónico la documentación, en ese momento asumimos que nos han notificado por conducta concluyente, y dentro de los términos presentamos Recurso de Reposición y en Subsidio Recurso de Apelación contra lo contenido en la Resolución CREG No.190 de 2015, con base en los siguientes argumentos:

En el recurso de reposición el recurrente plantea las siguientes pretensiones:

Respetuosamente se solicita a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, tener en cuenta los argumentos presentados por EMCALI EICE ESP y modificar la Resolución CREG No.190 de 2015, y que se Incluya en la nueva resolución el reconocimiento de los valores pagados por el impuesto ICA que nos permita un mejor valor en el costo base de comercialización que sea aprobado para el mercado atendido por EMCALI EICE ESP.

La empresa apoya sus solicitudes de la siguiente manera:

En el documento CREG-130 de 30 de octubre de 2015, documento soporte de la Resolución CREG-190-2015, la CREG menciona toda la información que tuvo en cuenta para el cálculo del cargo base de comercialización de EMCALI EICE ESP: sin embargo, una vez realizado los análisis respectivos, encontramos que la CREG no incluyó en el cálculo del costo base de comercialización el reconocimiento del valor pagado por concepto del Impuesto de Industria y Comercio (ICA)

En Marzo del 2015, por medio del oficio 100 GG-107-2015 de marzo 3 de 2015, EMCALI EICE ESP (...) se solicitó el reconocimiento del costo base de comercialización, el riesgo de cartera de usuarios tradicionales y el riesgo de cartera de áreas especiales que remunerará para el siguiente período tarifario de energía los costos de los comercializadores de energía eléctrica que atienden usuarios finales regulados en nuestro mercado de comercialización atendido por EMCALI EICE ESP.

En ese documento, como soportes, EMCALI EICE ESP envió la información contenida en los formatos solicitados por la CREG mediante la circular 007 de Febrero 8 de 2015, de los cuales se atendió las sugerencias formuladas: Pero EMCALI EICE ESP también solicitó el reconocimiento del Impuesto denominado "ICA" dado que representa un alto costo para el negocio de comercialización de Energía y que de seguir con él, debe ser trasladado a todos los usuarios del Mercado Energía, por cuanto no corresponde a un costo de ineficiencia que debe ser asumido por EMCALI, el cual no fue incluido en la información solicitada por la CREG en las respectivas circulares.

En ese momento se le explicó a la CREG que este impuesto, según el aplicativo de costos ABC de EMCALI EICE ESP se registra de la siguiente forma:

- *La cuenta 512089 se hace parte de los recursos procesados por Costos ABC*
- *La cuenta 531302, por ser una cuenta de provisión en el Modelo de Costos ABC es excluido del procesamiento de costos,*

Para el año 2013 lo pagado por EMCALI EICE ESP por concepto de ICA correspondiente al Mercado Regulado fue de \$5,160.710.370 y se adjuntó un cuadro de Excel el cual vuelve a adjuntarse"...

Al expedirse la Resolución CREG 190 DE 2015, con su documento soporte, no se tuvo en cuenta lo solicitado por EMCALI en marzo del 2015, respecto al reconocimiento de los valores pagados por concepto de Impuesto de Industria y Comercio para el año

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

2013 cuyo valor ascendió a la suma de \$5.160.710.370, los cuales representan altos costos para el negocio de comercialización de energía y deben ser reconocidos a través del costo base.

Esa es la razón fundamental para interponer este recurso de reposición, en subsidio el Recurso de Apelación, contra la Resolución CREG 190, dada la afectación que causa en las finanzas de nuestra empresa al no garantizar la recuperación de los costos de comercialización de energía, violando el principio de suficiencia financiera contemplado en la Ley 142 del 1994 artículo 87, pues el costo del Impuesto de Industria y Comercio debe ser trasladado a todos los usuarios del mercado regulado de energía por cuanto corresponde a un costo de eficiencia en la prestación del servicio que es ordenado por la autoridad Municipal donde EMCALI EICE ESP desarrolló sus servicios, el cual no debe ser asumido por nuestra empresa.

Insistimos nuevamente en la revisión de la inclusión del valor pagado por impuesto de ICA en el costo de base de comercialización para el mercado de EMCALI EICE ESP por cuanto esta información no la tuvo en cuenta la CREG al definir el costo base de comercialización para el mercado atendido por EMCALI EICE ESP, en la Resolución CREG 190 de 2015.

Y la empresa soporta su solicitud de la siguiente manera:

AFECCION DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN LA CONTABILIDAD DE EMCALI EICE ESP

EMCALI EICE ESP presta servicios domiciliarios y no domiciliarios en varios Municipios del País, y debe ajustarse a la normatividad contable del Contador y fiscal de cada Municipio.

Cada uno de estos entes territoriales tiene y emite su propia legislación tributaria, tanto que los Municipios de Cali, Yumbo, Cartagena, Palmira y Pereira impusieron la auto retención de ICA como medio idóneo de lograr el recaudo anticipadamente antes del vencimiento de la obligación tributaria anual, ello constituye un anticipo al impuesto de Industria y Comercio, que se deberá descontar en la declaración anual presentada.

En el distrito Capital-Bogotá y el Municipio Coveñas - Sucre, el impuesto de industria y comercio-ICA, se presenta y se paga bimestralmente. En los demás municipios en los cuales EMCALI EICE ESP presta sus servicios, el impuesto de industria y comercio se presenta y se paga anualmente, generalmente entre los meses de marzo y abril del año siguiente a la vigencia del año gravable.

Por políticas contables EMCALI EICE ESP contabiliza mensualmente el impuesto de industria y comercio pagado en Bogotá y Coveñas en la cuenta contable 5120 impuesto de industria y comercio, y los impuestos causados en el resto de los municipios de Colombia incluido el Municipio de Cali, se contabiliza en la cuenta contable Provisión ICA-5313, porque aún la obligación sustancial del tributo según legislación tributaria de cada municipio no se ha materializado, es por ello que los gastos de impuesto de industria y comercio de estos municipios se contabilizan en la cuenta de provisiones tal como se ve reflejado en los Estados Financieros de la Empresa y consecuentemente en la información que se reporta al SUI

En los casos en que el ente territorial exija la auto retención en ICA, EMCALI EICE ESP presenta y paga mensual o bimestralmente de acuerdo a la obligación, tal como ocurre en el municipio de Cali y que se refleja en la cuenta contable Anticipos de Impuestos-1422.

SISTEMAS DE COSTEO ABC

En la Resolución SSPD 20051300033635 de 2008 numeral 2.3 Relación contabilidad- costos, es la misma Superintendencia quien advierte el propósito del sistema de Costos ABC a nivel administrativo y de gestión, construido a partir de la misma información que alimenta la contabilidad de la entidad bajo sus propios parámetros y dinámica.

Handwritten signature and initials at the bottom left corner.

Handwritten signature at the bottom right corner.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

Por tal razón y en el entendido de que la metodología escogida por la superintendencia de Servicios Públicos denominada Costeo Basado en Actividades (ABC) es un método que asigna los costos de los recursos a los objetos de costo con base a las actividades desempeñadas, bajo la premisa de que los productos o servicios son resultado de las actividades que se llevan a cabo y que estas usan recursos que ocasionan costos.

EMCALI EICE ESP, para poder determinar con mayor exactitud los consumos de recursos en cada una de sus actividades, ha determinado una serie de procedimientos que le permitan asignar con mayor razonabilidad el consumo de los recursos a las actividades, tal y como, la exclusión de ciertos costos y gastos contables -del proceso de costeo, por no corresponder realmente a costos de producción del respectivo periodo, o por no estar directamente relacionados con el proceso productivo, para el caso específico las cuentas de provisión código contable 53, entre otros.

Adicionalmente la misma CREG en la resolución 180 de diciembre de 2014 mediante la cual se establecen los criterios generales para determinar la remuneración de la actividad de comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados en el SIN, en su artículo 7 numeral 6 literal ii determina los valores que deben ser restados de los costos y gastos reportados bajo el código 444, valores entre los que se encuentra específicamente los registrados en la cuenta contable 5313, cuenta en la cual se viene registrando el impuesto de industria y comercio según la explicación anteriormente dada sobre la afectación del Impuesto de Industria y Comercio en la contabilidad de nuestra empresa.

En concordancia con los anteriores puntos, EMCALI EICE ESP reportó al SUI para la vigencia 2013 bajo el código 444 los costos imputados al 31 diciembre en la cuenta contable 512009 Impuesto Industria y Comercio por la suma de \$349.896.858. Sin embargo, tal y como lo ha certificado la Dirección de Contabilidad en documento adjunto, el impuesto de industria y comercio causado durante la vigencia 2018 ascendió a un total de \$5.160.710.370, es decir que \$4.810.813.512 contabilizados bajo la cuenta contable 531302 Provisión de Impuestos, no fueron incluidos en los costos y gastos reportados al SUI bajo el código 444, por estar registrados en la cuenta de provisión 531302 la cual como ya se explicó se excluye del proceso de costos bajo la metodología ABC, y por tal razón no están incluidos en los formatos solicitados mediante circular 007 de febrero 3 de 2014.

Por ende la Comisión de Regulación de Energía y Gas, aplicar la metodología definida en la Resolución 180-2015 no incluye el Impuesto de Industria y Comercio al definir el costo base de comercialización para el mercado de comercialización atendido por EMCALI EICE ESP conforme la Resolución 190-2015.

CONSIDERACIÓN JURIDICA SOBRE EL PROBLEMA PLANTEADO

La razón fundamental para interponer este recurso y solicitarle a la CREG la revisión de la resolución CREG190 de 2015, es por la afectación que causa en las finanzas de nuestra empresa esta aplicación al no garantizar la recuperación de los costos de comercialización de energía, violando el principio de suficiencia financiera contemplado en la Ley 142 del 1994 artículo 87

"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"

Costos que han sido determinados por el legislador clasificándolos en los que están relacionados con la misma prestación del servicio, los costos de operación, y los

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

costos fijos que refieren a la permanencia del servicio, que no dependen de la prestación directa del servicio, sino que con ellos se subvencionan equipos y edificios necesarios para llevar a cabo la actividad.

La inclusión del impuesto del ICA, significa una variación en el costo variable de aproximadamente 2\$/kWh significando una pérdida de ingresos anuales cerca a los 3600 millones de pesos.

b. Recurso ENERTOTAL S.A. E.S.P.

Mediante comunicación radicada en la CREG bajo el número TL-2015-000786 del 31 de diciembre de 2015, la representante legal suplente de Enertotal S.A. E.S.P., empresa reconocida como tercero interesado dentro de la actuación administrativa., interpuso oportunamente recurso de reposición solicitando modificar el artículo primero de la resolución impugnada.

En el recurso de reposición, el recurrente plantea las siguientes pretensiones:

PRIMERO: Se solicita a la Comisión revisar el valor reportado por EMCALI asociado a gestión de perdidas, teniendo en cuenta que, este podría afectar significativamente el valor calculado para el costo base de comercialización, dado lo señalado en el numeral quinto de los hechos.

SEGUNDO: Dado el reporte realizado por EMCALI del costo de Gestión de Perdidas, se solicita modificar dicho valor en el costo base de comercialización y no considerarlo como un valor que resta del reconocimiento del gasto en la actividad de comercialización, puesto que para un comercializador entrante no existe otra manera de reconocer el gasto de gestión de perdidas dentro de sus ingresos aprobados.

De igual manera la empresa apoya sus solicitudes de la siguiente manera:

(...)TERCERO: Que el 04 de Junio de 2015 la Comisión de Regulación de Energía y Gas declaró a solicitud de ENERTOTAL S.A. E.S.P, el reconocimiento como tercero interesado en el acto administrativo 2015-0032 con el objeto de decidir sobre la solicitud de reconocimiento del costo base de comercialización, el riesgo de cartera de usuarios tradicionales y el riesgo de cartera de usuarios de áreas especiales para el mercado de comercialización atendido por EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE E.S.P

CUARTO: El 23 de Diciembre del año 2015, La Comisión de Regulación de Energía y Gas en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.A y de lo C.A, hizo llegar la notificación por Aviso del acto administrativo CREG 190 de 2015 a ENERTOTAL S.A. E.S.P.

QUINTO: ENERTOTAL S.A. E.S.P. se hizo porte como tercero Interesado dentro de la actuación Administrativa 2015-0032 considerando que la información requerida para el cálculo del costo base de comercialización en el mercado de EMCALI depende de información suministrada por un tercero y que afecta directamente los ingresos de la empresa. Una vez recibida la notificación de la resolución en asunto y revisando al detalle los datos en ella contenidos al hacer efectiva la participación de ENERTOTAL en el proceso, se logra determinar que ENERTOTAL se ve afectado como comercializador entrante en la zona dado que hubo cambios considerados desde la resolución CREG 044 del año 2012 y contenidos también en la resolución CREG 180 de 2014 en cuanto al reconocimiento de los costos de gestión de pérdidas.

Para el cálculo del costo base, la resolución CREG 180 de 2014 determina los gastos en la actividad de comercialización en el mercado de EMCALI, considerando la cuenta 444 del sistema de costeo por actividades reportado en el Sistema Único de Información y restando otros conceptos que no son tenidos en cuenta en dicho calculo.

[Handwritten signatures and initials]

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

EMCALI en la solicitud de los cargos, reportó un valor de gestión de pérdidas de \$26.376 que resta al valor del ingreso considerado en los gastos de la actividad de comercialización, sin embargo el valor reportado es muy bajo teniendo en cuenta las actividades de gestión de pérdidas de una empresa de energía y en consideración al mercado que atiende.

Este reporte afecta directamente a los comercializadores entrantes dado que los gastos propios de la gestión de pérdidas que realiza un comercializador entrante en el mercado, no están siendo reconocidos en su ingreso. Estos datos solo pudieron ser evaluados una vez se tenía la información resultante de la declaración de ENERTOTAL S.A. E.S.P. como tercero interesado del acto administrativo, cuyo cálculo hubiese sido diferente si el comercializador integrado al OR reportara un valor en ceros no habiendo de esta manera afectación para el comercializador entrante en la zona. Es a través del reconocimiento del costo base de comercialización, que el comercializador entrante puede realizar la gestión de pérdidas dado que no tiene ningún otro mecanismo para reconocimiento del gasto en sus ingresos aprobados.

SEXTO: La resolución CREG 044 de 2012, base para la expedición de la resolución CREG 180 de 2014, estableció que las características principales del costo base de comercialización son un cargo fijo independiente del consumo, es decir remunera actividades que no dependen del consumo sino únicamente del número de usuarios atendidos. Al ser un valor pagado por todos los usuarios regulados de energía eléctrica no incluye costos como la prestación de servicios diferentes al suministro de energía eléctrica o los costos asociados a la gestión de pérdidas.

Si bien es cierto, la resolución CREG 044 de 2012 establece la definición del costo base de comercialización como un valor fijo, la resolución CREG 191 de 2014 establece un componente variable que remunera los costos asociados a la atención de usuarios regulados por parte del comercializador minorista y cuyo cálculo depende del costo base. De esta forma el costo base inicialmente considerado como fijo se vuelve variable en la medida que hace parte del cálculo del componente variable. El componente variable debe reconocer los costos asociados a la gestión de pérdidas que realiza el comercializador entrante en la zona, sin embargo al ser retirado, dado que el reporte de EMCALI a la Comisión de Regulación, este gasto no está siendo considerado en la remuneración del comercializador e imposibilitando su recuperación.

II. ANÁLISIS DE LA CREG

a. Oportunidad de interposición del recurso

Tal y como se relata en la parte fáctica de este acto administrativo, la Resolución CREG 190 de 2015, se notificó a Emcali por aviso 114 de 17 de diciembre de 2015 al Representante Legal de Emcali a la dirección avenida 2 Norte No-7-15 piso 7 de Cali, dirección que aparece en los oficios enviados por la Empresa durante la actuación administrativa.

Conforme a la aseveración de Sonia Teresa Salcedo funcionaria de Emcali, la notificación por aviso nunca fue recibida, argumentando que la dirección de correspondencia es ventanilla Única - Centro Administrativo Municipal Torre EMCALI Av. 2 Norte entre Calle 10 y 11 Torre EMCALI Primer Piso

Entendiendo que la Comisión notificó en debida forma, al parecer existen dos direcciones de notificación de Emcali, basados en el principio de la buena fe, acepta la argumentación de la funcionaria de Emcali, motivo por el cual, se entiende notificado por conducta concluyente y se entra a decidir.

[Handwritten signatures and initials at the bottom of the page]

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

b. Consideraciones recurso EMCALI EICE E.S.P.

Dado que la información sobre ICA no fue presentada por municipio, la Comisión mediante comunicación CREG S-2016-001174 del 24 de febrero de 2016 solicitó algunas aclaraciones a Emcali EICE E.S.P. así:

Respecto del recurso de reposición contra la Resolución CREG 190 de 2015, que interpuso la empresa que usted dirige, es necesario para entrar a resolver el recurso, complementar la información suministrada así:

Para cada año se requiere la información del valor total de ICA pagado por Emcali, así como su discriminación por cada actividad complementaria: generación, distribución y comercialización de energía eléctrica. Adicionalmente, para la actividad de comercialización se debe discriminar el valor correspondiente a la comercialización de energía solo a usuarios regulados en el mercado de comercialización de Emcali, por la atención a usuarios no regulados y regulados en otros mercados.

Adicional a lo anterior, se debe indicar y certificar el valor del ICA que se asignó o incluyó en la cuenta 444 y separarlo en el valor que se asoció a la actividad de comercialización a usuarios regulados del mercado de comercialización de Emcali, a los usuarios de otros mercados y lo correspondiente a usuarios no regulados.

De la consulta realizada a la información del SUI, para los años 2009 a 2013 y reportada por su empresa en respuesta a la Circular CREG 007 de 2015, se observa que para la cuenta 5313 el valor para Emcali es cero. De acuerdo con lo afirmado en el recurso de reposición, este valor difiere del enunciado para la cuenta 531302, por lo cual se requiere su aclaración.

Así mismo se requiere la confirmación del valor año a año de los gastos asignados de gestión de pérdidas de energía al negocio de comercialización de usuarios regulados.

Se resalta que la información inicial entregada para la solicitud de cargos de comercialización y la enviada en respuesta a las circulares mencionadas, fueron suscritas y avaladas por representante legal, el contador y el revisor fiscal de la empresa, por lo que la nueva información que sea enviada a la Comisión debe cumplir este mismo requisito.

La empresa mediante radicado E-2016-002927 del 18 de marzo de 2016 respondió:

*Valor total ICA: se entrega cuadro con información de los años pagados 2009-2013, discriminado: Distribución, Comercialización, Generación con los respectivos totales, contenido en el **Anexo No. 1**. La fuente de esta información son las declaraciones de Industria y Comercio pagadas en los periodos contenidos, tal como lo solicitaron, firmadas tanto por la Contadora de la Empresa, como por la Gerente y Representante Legal.*

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. IMPUESTO ANUAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO PAGADO AÑO GRAVABLES 2009-2013 ANEXO 1				
AÑO	DISTRIBUCIÓN	COMERCIALIZACIÓN	GENERACIÓN	TOTALES
2009	625.844.420,58	6.805.957.113,02	5.093.000,00	7.436.894.533,60
2010	570.088.544,62	7.143.823.318,85	123.513.000,00	7.837.424.863,47
2011	652.222.650,00	6.347.049.545,36	53.966.000,00	7.053.238.195,36
2012	1.194.959.700,00	6.385.908.527,17	67.116.000,00	7.647.984.227,17
2013	836.630.050,00	7.422.522.015,16	76.618.000,00	8.335.770.065,16
TOTAL	3.879.745.365,20	34.105.260.519,56	326.306.000,00	38.311.311.884,76

FUENTE DE INFORMACIÓN: DECLARACIONES DE INDUSTRIA Y COMERCIO PAGADAS EN EL PERIODO, SUMINISTRADAS POR EL AREA DE IMPUESTOS DE EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

Anexo No. 2. Cuadro de la Actividad de Comercialización de energía dividido en 5 columnas, que se discrimina así: i) La primera columna contiene los años del 2009 al 2013; ii) la segunda se denominada INTERNA (Nuestro SDL); iii) la tercera se denomina EXTERNA (OTROS MUNICIPIOS fuera de nuestro SDL); iv) la cuarta OTROS INGRESOS; y v) TOTALES.

La segunda y tercera columnas, INTERNA, tiene 3 subdivisiones: a) una de ellas es la información de usuarios del mercado regulado (umr); b) la otra por la atención a usuarios del mercado no regulado (umnr); y c) la última, a usuarios en otros mercados.

EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. IMPUESTO ANUAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE CALI AÑO GRAVABLE 2009-2013 ANEXO 2								
AÑO	INTERNA (NUESTRO SDL)			EXTERNA (OTROS MUNICIPIOS FUERA DE NUESTRO SDL)			OTROS INGRESOS	TOTALES
	MERCADO REGULADO	MERCADO NO REGULADO	TOTAL (SDL)	MERCADO REGULADO	MERCADO NO REGULADO	TOTAL OTROS FUERA DEL (SDL)		
2009	4.789.071.933,23	1.001.825.204,90	5.790.897.138,13	885.587,80	487.103.216,63	487.988.804,42	527.071.420,47	6.805.957.363,02
2010	5.039.012.180,26	959.811.843,86	5.998.824.024,12	43.175,25	510.429.767,38	510.472.942,63	634.569.227,35	7.143.866.194,10
2011	4.543.447.562,29	977.815.728,86	5.521.263.291,16	106.776,74	290.647.905,26	290.754.682,00	535.031.372,21	6.347.049.345,36
2012	4.652.745.605,29	1.095.003.724,89	5.747.749.330,19	3.225.643,58	127.055.828,42	130.281.472,00	507.877.274,98	6.385.908.077,17
2013	5.043.776.214,57	1.353.220.734,64	6.396.996.949,21	0,00	498.513.390,00	498.513.390,00	527.011.525,95	7.422.521.865,16
TOTALES	24.068.053.495,65	5.387.677.237,15	29.455.730.732,80	4.261.183,36	1.913.750.107,69	1.918.011.291,05	2.731.560.820,96	34.105.302.844,82

Anexo No. 3. Se indica y se certifica el valor del ICA, se incluyó en la cuenta 444-separado a la actividad de comercialización a usuarios regulados, a los usuarios de otros mercados y a usuarios del mercado no regulados.

**EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.
ICA ASIGNADO A LA CUENTA 444 POR USUARIOS NO REGULADOS DE LA COMERCIALIZACIÓN EXTERNA
ANEXO 3**

AÑO	2009	2010	2011	2012	2013
510101	148.967.130	113.431.338	57.347.000	507.178.031	349.896.858

Anexo No. 4. GASTOS ASIGNADOS A LA GESTION DE PERDIDAS DE ENERGIA AL NEGOCIO DE COMERCIALIZACION DE USUARIOS REGULADOS. Esta información es tomada de los años 2009 - 2011, Información contable, años 2012, 2013 Información Costos ABC.

**EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P.
GASTOS ASIGNADOS A LA GESTION DE PERDIDAS DE ENERGIA AL NEGOCIO
DE COMERCIALIZACION DE USUARIOS REGULADOS
ANEXO 4**

AÑO	2009	2010	2011	2012	2013
510101					52.262
510113					2.720
510114					6.150
510117					(40.118)
510124					24.239
510125					2.909
510152					(26.131)
51111101	115.818.988	461.084.349	1.136.083		
512018			1.192.492.150		
751036		6.917.094	3.168.566		

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

AÑO	2009	2010	2011	2012	2013
754005					4.345
75420701		26.837.500	890.692.921	9.379.310	
754290	9.922.871.039	2.908.176.226	8.455.015.778		
757090			232.722.570		
TOTAL	10.038.690.027	3.403.015.169	10.775.228.068	9.379.310	26.376

Fuente de Información: años 2009- 2011 información Contable, años 2012-2013 Información Costos ABC


Revisada la información aportada por Emcali EICE E.S.P., se considera pertinente incluir el impuesto del ICA sufragado por las ventas al mercado regulado del municipio de Cali, conforme la explicación remitida por la empresa correspondiente al SDL de Emcali EICE E.S.P. según el radicado CREG E-2016-002927. Así mismo no se incluirá el ICA pagado en otros municipios que no corresponden al mercado de comercialización de la empresa.


Las cifras que produjeron la información inicial sin la inclusión del ICA aparecen en el documento CREG 130 de 2015: *Cálculo del costo base de comercialización, el riesgo de cartera para usuarios tradicionales y para usuarios en áreas especiales del mercado de comercialización atendido por Emcali EICE E.S.P.* son:

Concepto	2009	2010	2011	2012	2013
Valor de la cuenta 444	759.967.538.374	732.453.253.522	691.985.625.455	758.485.206.582	841.133.812.739
Valor energía comercializada con destino al mercado regulado y no regulado	709.642.389.584	705.072.136.460	653.283.012.836	725.083.996.267	802.208.735.180
Valores no incluidos en la actividad	7.186.125.581	4.362.575.892	3.545.967.628	2.983.358.069	1.071.352.425
Gastos en la gestión de pérdidas	10.038.690.027	3.403.015.169	10.775.228.068	9.379.310	26.376
Costos contribuciones CREG y SSPD	590.239.515	521.460.275	608.996.798	494.815.830	437.536.481
Otros costos y gastos	67.174.368	685.567.612	764.218.041	571.249.845	567.805.877
Gastos en la actividad de comercialización, GC _j	32.442.919.299	18.408.498.114	23.008.202.084	29.342.407.261	36.848.356.399
Gastos en la actividad de comercialización, GC _j	36.253.371.978	19.937.292.047	24.024.137.720	29.909.207.472	36.848.356.399

Incluyendo la parte correspondiente asociada con los pagos realizados por la empresa por concepto del impuesto de ICA en la ciudad de Cali entre los años 2009 a 2013 los gastos asociados a comercialización quedan

Concepto	2009	2010	2011	2012	2013
Valor de la cuenta 444	759.967.538.374	732.453.253.522	691.985.625.455	758.485.206.582	841.133.812.739
Valor energía comercializada con destino al mercado regulado y no regulado	709.642.389.584	705.072.136.460	653.283.012.836	725.083.996.267	802.208.735.180
Valores no incluidos en la actividad	7.186.125.581	4.362.575.892	3.545.967.628	2.983.358.069	1.071.352.425





Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

Concepto	2009	2010	2011	2012	2013
Gastos en la gestión de pérdidas	10.038.690.027	3.403.015.169	10.775.228.068	9.379.310	26.376
Costos contribuciones CREG y SSPD	590.239.515	521.460.275	608.996.798	494.815.830	437.536.481
Otros costos y gastos	67.174.368	685.567.612	764.218.041	571.249.845	567.805.877
Impuesto de ICA sufragado en la ciudad de Cali por la comercialización en el mercado regulado de Cali	4.789.071.933	5.039.012.180	4.543.447.562	4.652.745.605	5.043.776.215
Gastos en la actividad de comercialización, GC_j	37.231.991.233	23.447.510.294	27.551.649.646	33.995.152.866	41.892.132.614
Gastos en la actividad de comercialización, GC_j	41.604.925.105	25.394.785.475	28.768.202.883	34.651.829.044	41.892.132.614

Es necesario aclarar que no fue necesario modificar la información de las pérdidas puesto que en la comunicación radicada en la CREG bajo el número E-2016-002927 antes mencionada se ratifica la información inicialmente aportada.

Con la nueva información del impuesto de ICA sin modificar los otros datos de entrada, que se encuentran en el documento CREG 130 de 2015, se realizó la evaluación de la eficiencia aplicando el modelo de frontera estocástica, la cual produjo los siguientes resultados para Emcali EICE E.S.P.:

Eficiencia 0.781
Límite inferior al 90 % 0.684
Límite superior al 90 % **0.886**

Por lo anterior, incluyendo la información aportada por Emcali EICE E.S.P. es necesario recalcular el costo base de comercialización de la empresa.

El nuevo costo base de comercialización es:

$$Cf_{j\ 2015} = \frac{36,848,356,399 * 0,94}{7,277,934} = 5.411 \$ \text{ dic} - 2013 / \text{factura}$$

Dado que la eficiencia para el límite superior está por debajo del 94%, se deberá asignar una senda conforme con lo previsto en el numeral 2 del anexo 1 de la Resolución CREG 180 de 2014:

Año	Costo base de comercialización (\$ dic 2013 /factura)
2016	5.411
2017	5.338
2018	5.265
2019	5.192
2020	5.119

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

c. Consideraciones recurso ENERTOTAL S.A. E.S.P.

Sobre la solicitud de Enertotal de modificar el valor reportado por Emcali EICE E.S.P. como costo de la gestión de pérdidas y no considerarlo como un valor que resta del reconocimiento del gasto en la actividad de comercialización, puesto que para un comercializador entrante no existe otra manera de reconocer el gasto de gestión de pérdidas dentro de sus ingresos aprobados, es considerar lo siguiente:

- i. En el Decreto 387 de 2007 se definió la responsabilidad de las pérdidas en cabeza del operador de red en el literal d) del artículo 3° así:

d) El Operador de Red será el responsable por la gestión integral de las pérdidas de energía en el mercado de comercialización asociado a sus redes

- ii. Como se puede extractar del documento CREG 100 de 2014 que soporta la Resolución CREG 180 de 2014 en su página 101 en respuesta a Asocodis sobre esta inquietud dice:

(...) sobre la remuneración de las pérdidas de energía, la Comisión debe dar aplicación a lo establecido en el Decreto 1937 de 2013, por lo que deben ser reconocidas en la actividad de distribución de acuerdo con los lineamientos fijados en el decreto.

- iii. En el mismo documento, en la página 118 la Comisión expresó:

De acuerdo con las políticas establecidas en los Decretos 387 de 2007, 4977 de 2007 y 1937 de 2013 es el operador de red el responsable por la gestión integral de las pérdidas de energía en el mercado de comercialización asociado a sus redes, por lo que estos costos no son reconocidos en la actividad de comercialización de energía.

- iv. La metodología establecida en la Resolución CREG 180 de 2014 solicitaba la información de gastos de la gestión pérdidas, para ser restados conforme a lo estipulado en el artículo 7 de la citada resolución.

Por lo antes anotado no es factible modificar la Resolución CREG 190 de 2015 para incluir valores que no están aprobados en la metodología general de la Resolución CREG 180 de 2014.

Dado que el presente acto administrativo es de carácter particular, no requiere ser remitido a la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, para los efectos establecidos en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, reglamentado por el Decreto 2897 de 2010.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas en su sesión 721 del 7 de junio de 2016, acordó expedir la presente resolución.

RESUELVE:

Artículo 1. Reponer la Resolución CREG 190 de 2015 y en consecuencia acceder a modificar el costo base de comercialización calculado para Emcali EICE E.S.P. por las consideraciones anotadas en la parte motiva de esta resolución.

[Handwritten signatures and initials]

[Handwritten signature]

Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, contra la Resolución CREG 190 de 2015

El artículo 1 de la Resolución CREG 190 de 2015 quedará así:

“Artículo 1. Costo base de comercialización. El costo base de comercialización para el mercado de comercialización atendido por Emcali EICE E.S.P., conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Resolución CREG 180 de 2014 es:

Año	2015	2016	2017	2018	2019
Cfj [\$ dlc-2013 / factura]	5.411	5.338	5.265	5.192	5.119

Artículo 2. No acceder a las peticiones presentadas en el recurso de Enertotal S.A. E.S.P. en el escrito contentivo del recurso por lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

Artículo 3. La presente Resolución deberá notificarse a Empresas Municipales de Cali EICE E.S.P., Emcali, a Enertotal S.A. E.S.P. y a Dixel S.A. E.S.P. Contra la decisión contenida en la presente Resolución no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a 07 JUN. 2016


CARLOS FERNANDO ERASO CALERO

Viceministro de Energía
Delegado del Ministro de Minas y Energía
Presidente


JORGE PINTO NOLLA

Director Ejecutivo