

CONCEPTO 239 DE 2010

(abril 28)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Radicado No.: 20101300328341

Fecha: 28-04-2010

Bogotá, D.C;

CONCEPTO SSPD-OJ-2010-239

Señor

ANTONIO JOSE LOPEZ PATIÑO

Gerente

SERVICIO AL USUARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS – SERUSUARIO

Edificio Banco de Occidente Calle 11 No 5-29 Oficina 305

Cartago – Valle del Cauca

Ref.: Su solicitud de concepto¹

Las siguientes consideraciones se formulan teniendo en cuenta el alcance del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo. Por tal razón, es importante precisar que en desarrollo de la función consultiva no es posible resolver casos particulares o concretos, pues ello corresponde a las autoridades competentes mediante los procedimientos de rigor y, en tal virtud, tanto las preguntas como las respuestas deben darse en forma genérica de tal manera que puedan predicarse de cualquier asunto en circunstancias similares.

Teniendo en cuenta lo citado y el carácter **NO OBLIGANTE** de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica, de la manera más respetuosa posible nos permitimos recordarle que si en desarrollo o en contraposición a dichos conceptos, las autoridades públicas emiten actos administrativos por medio de los cuales se deciden situaciones concretas con fundamento en tesis con las cuales no se concuerda, puede acudir, dentro de los términos legales y a través de las acciones pertinentes, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de manera tal que los jueces competentes decidan en cada caso **CONCRETO** si los actos demandados están o no viciados de nulidad.

1) Que el artículo 154 de la Ley 142 se refiere “reclamaciones contra facturas” (del servicio) y es claro que el Distribuidor no factura el servicio (c. SSPD- OJ-2009-060) y 2) Que el tema de la remuneración de activos es propio de la Distribución y por lo tanto su reconocimiento y materialización de acuerdo a la metodología CREG aplicable, le corresponde al Operador de Red y no al comercializador).

Si bien es cierto que el Distribuidor no es quien factura el servicio a los usuarios finales del servicio público de energía eléctrica, y que su actividad corresponde al transporte de la misma, como bien lo señala el consultante, es necesario entrar a precisar los siguientes aspectos frente a la aplicación del artículo 154 de la ley 142 de 1994, la regulación de la CREG sobre procedimiento para la reclamación sobre remuneración de activos y las reclamaciones ante el distribuidor u operador de red.

- Aplicación del artículo 154 de la ley 142 de 1994.

Tal como se lo hemos manifestado en anteriores ocasiones a usted, siempre que las empresas de servicios públicos profieren actos referentes a la **negativa del contrato, su suspensión, terminación, corte y facturación**, se encuentran ejerciendo una potestad pública y por lo tanto pronunciando su voluntad en un acto dotado de la naturaleza de administrativo.

Teniendo en cuenta lo citado, es claro **que solo frente a dichos actos** por tratarse de unas reclamaciones de las señaladas en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, son procedentes los recursos de la vía gubernativa y en el caso de que las empresas no den respuesta a dichas reclamaciones frente a la facturación se dará aplicación al artículo 158 de la Ley 142 de 1994.

De igual forma, en su artículo 152 de 1994, se señala que **es de la esencia del contrato** de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos, de lo anterior tenemos que el artículo 154 surge precisamente de la esencia del contrato de servicios públicos, **por ende es dentro de dicho marco donde se predica su aplicación.**

Lo anterior quiere decir, ni mas ni menos, que siendo los actos susceptibles de recurso emitidos en virtud de la aplicación del contrato de condiciones uniformes, las empresas habilitadas para su emisión serán aquellas que hayan suscrito este tipo de contratos con los usuarios finales del servicio. En tal virtud, los recursos a que se refiere el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, sólo pueden interponerse frente a dichas empresas y no frente a otras que, siendo parate de

la cadena de prestación del servicio público domiciliario, carecen de relación directa contractual con el usuario.

- Regulación de la CREG sobre procedimiento para la reclamación sobre remuneración de activos.

De otra parte, la regulación de la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas - CREG frente a la reclamación por remuneración de activos de terceros no ha señalado un procedimiento puntual ni tampoco ha dispuesto ante quien se deba presentarse la reclamación de remuneración de activos, lo cual fue señalado a usted en concepto SSPD- [601](#) de 2009, de la siguiente manera:

*Frente a la segunda parte de su inquietud que corresponde a ante quién debe presentarse la solicitud de reconocimiento de la remuneración de activos de terceros, **tenemos que la regulación de la CREG no ha señalado de forma expresa un procedimiento para la presentación de dicha solicitud, no obstante lo cual ha sido totalmente clara en indicar que corresponde al Operador de Red remunerar a los terceros propietarios de activos por su propiedad.***

Frente a lo anterior, la Resolución CREG [082](#) de 2002 señala que en el caso de Activos de Nivel de Tensión 1 que no sean propiedad del OR, éste deberá reportar al Comercializador respectivo el listado de Usuarios Finales asociados con dichos Activos. El comercializador dejará de liquidar Cargos Máximos del Nivel de Tensión 1, que remuneran Inversión, a los usuarios propietarios respectivos, a partir del mes siguiente a la fecha de recepción de dicha información por parte del OR.

Sobre este mismo aspecto, hay que precisar que mediante la Resolución [097](#) de 2008, la CREG señaló que en caso de que la totalidad o fracción de los Activos de Nivel de Tensión 1 sean de propiedad del usuario o de la copropiedad donde está el predio del usuario, **el comercializador** deberá descontar, del Cargo por Uso del Nivel de Tensión 1, el Cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de Inversión ($CDI_{j,1,m}$), en la fracción que corresponda.

Asimismo, que para dichos efectos el Operador de Red deberá reportar mensualmente al comercializador respectivo el listado de usuarios finales asociados a Activos de Nivel de Tensión 1 que sean de propiedad de los usuarios. El comercializador deberá hacer el respectivo descuento a partir del mes siguiente al de la fecha de recepción de dicha información por parte del Operador de Red.

En consecuencia de ello, la CREG lo único que ha indicado son las obligaciones para cada uno de los agentes, esto es, Comercializador y Operador de Red, y la de remunerar al propietario del activo, como se lo hemos venido señalado en conceptos anteriores, por lo cual no es dable señalar o establecer por parte de esta entidad procedimiento alguno, en razón a nuestra ausencia de funciones regulatorias.

- Reclamaciones ante el distribuidor u operador de red.

Es claro que los usuarios, **en ejercicio de sus derechos derivados del contrato de condiciones uniformes** frente a su comercializador, cuando sean propietarios de un activo puedan presentar reclamaciones porque no se realizaron en la **facturación** los descuentos a que tenía derecho por concepto de remuneración cuando la propiedad esta determinada.

Siendo frente a dicho caso aplicable el artículo [154](#) de la Ley 142 de 1994, en razón a que entre usuario y comercializador existe un contrato de prestación de servicios públicos y como se preciso previamente, la aplicación de dicha norma es de la esencia del contrato citado.

Evento diferente, es cuando dicho usuario – propietario quiera presentar la reclamación ante el operador de red, frente a lo cual, estamos de acuerdo con lo afirmado por usted en el sentido de que no estamos ante una reclamación a la que le sea aplicable el artículo [154](#) de la Ley 142 de 1994 en su integridad, en razón a que con dicho agente no tiene el usuario un contrato de servicios públicos; por ende, la decisión que toma el citado prestador no puede ser considerada como un acto administrativo y, consecuentemente, no puede ser objeto de los recursos de reposición y apelación a que se refiere el artículo 154 tantas veces citado.

Ahora bien, lo dicho en manera alguna puede entenderse como una autorización para que los prestadores diferentes al comercializador, puedan incumplir la regulación, razón por la cual, frente a los incumplimientos del Operador de Red de realizar los correspondientes descuentos por remuneración de activos frente a los cargos que debe trasladar al usuario – propietario del activo, debería este último presentar la correspondiente denuncia por el incumplimiento de las resoluciones CREG [070](#) de 1998, [082](#) de 2002 y [097](#) de 2008, asunto que sería competencia de la Delegada de Energía Eléctrica y Gas, **quien tomará la decisión a que haya lugar para que se de aplicación a la Ley, sancionando, en caso de comprobarse dicho incumplimiento, al prestador que corresponda.**

Teniendo en cuenta lo citado y atendiendo a que la regulación no ha establecido un procedimiento para las reclamaciones por remuneración de activos de terceros, y que tan solo ha señalado las responsabilidades de los agentes, le sugerimos elevar su inquietud al respecto ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG ya que esta Superintendencia no puede pretender por vía de concepto establecer el procedimiento pertinente.

3) Que a pesar de lo anterior, el ejercicio del derecho la remuneración de la inversión en activos, reglamentado por la Resolución CREG 070 de 1998 y aplicado las Metodologías Tarifarias de las Resoluciones CREG 082 de 2002 y 097 de 2008, tiene relación con la ejecución de los Contratos de Condiciones Uniformes (c. SSPD-OJ- 2009-544), por lo que las decisiones del OR que resuelven las reclamaciones con ese objeto son susceptibles de los recursos en vía gubernativa de conformidad con la Constitución y la Ley y 4) Que de todas formas, la SSPD ha señalado que el término de caducidad para reclamar del artículo 154 de la Ley 142 de 1994 tiene excepciones legales cuando se trata de la violación de la Ley o de la normatividad vigente (SSPD-OJ-2005-343)

Tal y como le hemos señalado a usted en varios conceptos, independientemente del carácter público o privado de la empresa prestadora, las actividades catalogadas como servicios públicos implican, desde una perspectiva teleológica, el ejercicio de función estatal, pues de conformidad con el artículo 365 de la Carta los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Esto, a su vez, justifica el eventual ejercicio de potestades públicas por los sujetos que desarrollan dichas actividades, lo cual conlleva que, bajo determinados supuestos, el sujeto prestador de un servicio público, aún cuando se trate de un particular, pueda imponer frente a otros su voluntad de manera unilateral, es decir, pueda expedir actos administrativos.

Sin embargo, tal como lo establece el artículo 210 de la Constitución Política, los particulares **“pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”**. Entonces, como ha señalado la jurisprudencia constitucional y la doctrina, el ejercicio de prerrogativas públicas por particulares, específicamente la posibilidad de expedir actos administrativos, debe contar con previsión legal previa.

De lo anterior, que el legislador haya determinado **frente a cuales actos las empresas de servicios públicos ejercen potestades públicas frente a sus usuarios.**

Es así, como en la Ley 142 de 1994, el legislador estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

ARTÍCULO 154. DE LOS RECURSOS. El recurso es un acto del suscriptor o usuario para obligar a la empresa a revisar ciertas decisiones que afectan la prestación del servicio o la ejecución del contrato. **Contra los actos de negativa del contrato, suspensión, terminación, corte y facturación** que realice la empresa proceden el recurso de reposición, y el de apelación en los casos en que expresamente lo consagre la ley.

No son procedentes los recursos contra los actos de suspensión, terminación y corte, si con ellos se pretende discutir un acto de facturación que no fue objeto de recurso oportuno.(...)

En consecuencia de ello, siempre que las empresas de servicios públicos profieren actos dentro del marco del contrato de servicios públicos referentes a la **negativa del contrato, su suspensión, terminación, corte y facturación**, se encuentran ejerciendo una potestad pública y por lo tanto pronunciando su voluntad en un acto dotado de la naturaleza de administrativo y son sujetos de recursos y de aplicación del silencio administrativo positivo en caso de ausencia de respuesta dentro del término legal para ello.

En todo caso, se reitera que dado que el ejercicio de potestad administrativa por parte de las empresas de servicios públicos tiene como límite el ejercicio de derechos y obligaciones derivadas del contrato de servicios públicos domiciliarios, sólo podrán considerarse como actos administrativos susceptibles de recursos, aquellos que sean emitidos en los casos previstos en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, por empresas que hayan suscrito el respectivo contrato de servicios públicos con los usuarios finales del servicio de que se trate.

5) Que los Operadores de Red o Distribuidores del servicio de energía eléctrica no tienen excusa para dejar de aplicar las normas regulatorias de la CREG a las que están sujetas “y deben dar aplicación a las mismas, aún sin requerimiento de sus usuarios o de las autoridades” (c. SSPD-OJ- 2009-697)

Sobre lo citado nos permitimos precisar que usted tiene toda la razón sobre lo que afirma, por lo cual le invitamos a presentar las correspondientes denuncias contra el operador u operadores de red, de los cuales tenga conocimiento puedan estar incumpliendo la regulación citada para efectos de que esta entidad, en ejercicio de sus competencias, pueda iniciar las investigaciones a que haya lugar y eventualmente sancionar a las empresas infractoras.

6) Que la Superintendencia en virtud de su facultad conferida por el artículo 79 (numeral 31) de la Ley 142 de 1994 reformado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001, al resolver el recurso de apelación con objeto de la aplicación de las regulaciones de la CREG sobre remuneración de activos, podrá ordenarle

al OR la devolución al usuario propietario de los activos de la totalidad de los valores cobrados en exceso o retenidos sin justa causa.

De acuerdo al artículo [13](#) del Decreto 990 de 2002, numerales 9 y 11 las Superintendencias Delegadas tienen dentro de su ámbito de competencia entre otras la función de vigilar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos domiciliarios, en cuanto su cumplimiento afecte de forma directa e inmediata a usuarios determinados y vigilar y controlar la correcta aplicación del régimen tarifario por parte de los prestadores.

De lo anterior, que corresponde a dicha instancia conocer de las denuncias de propietarios o de usuarios – propietarios, por incumplimientos de la regulación de las empresas de servicios públicos domiciliarios y por incumplimientos a la aplicación del régimen tarifario y que vale la pena señalar tomara las decisiones a que haya lugar para que se de aplicación a la Ley, sancionando en caso de comprobarse dicho incumplimiento al prestador que corresponda.

Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo [79](#) de la Ley 142 de 1994, que le permite a esta entidad el investigar y sancionar el incumplimiento de sus vigiladas frente a la normativa a la que se encuentran sujetas y el numeral 33 del artículo [5](#) del Decreto 990 de 2002, de acuerdo con el cual es función de esta entidad vigilar y controlar la correcta aplicación del régimen tarifario por parte de los prestadores.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la resolución de recursos por parte de las Direcciones Territoriales, vale la pena aclarar que cuando estos se hayan interpuesto para debatir actos de facturación, la competencia de la entidad se limita a los últimos cinco periodos facturados, siempre que el usuario reclamante así lo haya solicitado.

Finalmente, le informamos que esta Superintendencia ha puesto a disposición de la ciudadanía un sitio de consulta al que usted puede acceder en la siguiente dirección: <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/index>. Ahí encontrará normativa, jurisprudencia y doctrina sobre los servicios públicos domiciliarios, en particular los conceptos emitidos por esta Entidad.

Cordialmente,

MARINA MONTES ÁLVAREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

¹ Radicado 2010-529-015129-2 Reparto 695

Preparado por: YOLIMA HERNÁNDEZ ALCALÁ, Abogada Oficina Asesora Jurídica.

Revisado por: ANDRÉS DAVID OSPINA RIAÑO, Asesor Oficina Asesora Jurídica.

TEMA: REMUNERACIÓN DE ACTIVOS – DISTRIBUIDOR