

1.1. Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá D.C.,

Honorable Congresista
JENNIFER KRISTIN ARIAS FALLA
Cámara de Representantes
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No. 8-68
Ciudad



Radicado: 2-2022-026859

Bogotá D.C., 22 de junio de 2022 17:09

Radicado entrada
No. Expediente 22997/2022/OFI

Asunto: Comentarios frente al informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley No. 58 de 2021 Cámara “por medio del cual se modifica el artículo 90 y el artículo 144 de la ley 142 de 1994.”

Respetada Presidenta:

De manera atenta se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

El Proyecto de Ley, de iniciativa parlamentaria, de acuerdo con lo contemplado en su artículo 1, tiene por objeto “(...) *modificar el artículo 90 y el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, estableciendo con claridad la responsabilidades y obligaciones atribuibles a las partes de los contratos de servicios públicos domiciliarios.*”

Al respecto, los artículos 2 y 3 de la propuesta normativa pretenden las siguientes modificaciones a los artículos 90 y 144 de la Ley 142 de 1994¹, de la siguiente manera:

LEY 142 DE 1994	PROYECTO DE LEY
<p>ARTÍCULO 90. ELEMENTOS DE LAS FORMULAS DE TARIFAS. Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación, podrán incluirse los siguientes cargos:</p> <p>90.1. Un cargo por unidad de consumo, que refleje siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo como la demanda por el servicio;</p> <p>90.2. Un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso.</p> <p>Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.</p>	<p>ARTÍCULO 90. ELEMENTOS DE LAS FORMULAS DE TARIFAS. Sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las comisiones de regulación, podrán incluirse los siguientes cargos:</p> <p>90.1. Un cargo por unidad de consumo, que refleje siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo como la demanda por el servicio;</p> <p>90.2. Un cargo fijo, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso.</p> <p>Se considerarán como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.</p>

¹ Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.



90.3. Un cargo por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio. También podrá cobrarse cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alícuotas partes anuales.

El cobro de estos cargos en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio.

Las comisiones de regulación siempre podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier usuario podrá exigir la aplicación de una de estas opciones, si asume los costos de los equipos de medición necesarios.

90.3. Un cargo por aportes de conexión el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio. También podrá cobrarse cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando estas correspondan a un plan de expansión de costo mínimo. La fórmula podrá distribuir estos costos en alícuotas partes anuales.

El cobro de estos cargos en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio.

Las comisiones de regulación siempre podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier usuario podrá exigir la aplicación de una de estas opciones, si asume los costos de los equipos de medición necesarios.

Las comisiones de regulación siempre podrán diseñar y hacer públicas diversas opciones tarifarias que tomen en cuenta diseños óptimos de tarifas. Cualquier usuario podrá exigir la aplicación de una de estas opciones, si asume los costos de los equipos de medición necesarios.

Parágrafo: Las comisiones de Regulación no podrán incluir en las fórmulas de tarifas los costos de los medidores. Dichos costos serán asumidos por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

ARTÍCULO 144. DE LOS MEDIDORES INDIVIDUALES. Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.

La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles.

No será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.

ARTÍCULO 144. DE LOS MEDIDORES INDIVIDUALES. Los contratos uniformes establecerán que las empresas prestadoras deberán, asumir el costo de la adquisición e instalación de los medidores, pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan; y la empresa deberá aceptarlos siempre que reúnan las características técnicas a las que se refiere el inciso siguiente.

La empresa podrá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles.

No será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada; pero sí será obligación suya hacerlos reparar o reemplazarlos, a satisfacción de la empresa, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos. Cuando el usuario o suscriptor, pasado un período de facturación, no tome las acciones necesarias para reparar o reemplazar los medidores, la empresa podrá hacerlo por cuenta del usuario o suscriptor.

La empresa deberá establecer en las condiciones uniformes del contrato las características técnicas de los medidores, y del mantenimiento que deba dárseles. Así mismo, las empresas podrán incluir en los contratos con los usuarios y/o suscriptores las cláusulas que establezcan las responsabilidades por el daño, hurto y/o mal uso de los medidores. No será obligación del suscriptor o usuario cerciorarse de que los medidores funcionen en forma adecuada. Será obligación de las empresas y reparar o reemplazar los medidores, asumiendo los costos asociados, cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos.

Sin embargo, en cuanto se refiere al transporte y distribución de gas, los contratos pueden reservar a las empresas, por razones de seguridad comprobables, la calibración y mantenimiento de los medidores.

Parágrafo 1. Se establecerán en un plazo no mayor a tres (3) meses, posterior a la expedición de la Ley, el régimen de sanciones en que incurrirán las empresas prestadoras por el incumplimiento de lo pactado en la presente Ley.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, vigilará de igual forma y establecerá las medidas necesarias para que los medidores o contadores que sean suministrados a los usuarios o suscriptores no estén alterados bajo ninguna circunstancia.

Sin embargo, en cuanto se refiere al transporte y distribución de gas, los contratos pueden reservar a las empresas, por razones de seguridad comprobables, la calibración y mantenimiento de los medidores.



XHV3 npns lpUE rdmS uRp2 emKr oIE=

Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedelectronica.minhacienda.gov.co>

	<p><u>Parágrafo 2.</u> Los medidores o contadores que por necesidades técnicas fueron cambiados o suministrados por la empresa prestataria del servicio previo a la expedición de la presente Ley y estén siendo cobrados en la factura de consumo, deberán ser pagados en su totalidad por los usuarios o suscriptores con el objetivo de no afectar el equilibrio económico de las empresas. Medidores o contadores que una vez pagados por los usuarios serán propiedad de éstos.</p>
--	--

De acuerdo con el artículo 2 de la iniciativa en estudio, se pretende modificar el artículo 90 de la Ley 142 de 1994, estableciendo que las comisiones de regulación no podrán incluir en las fórmulas de tarifas los costos de los medidores y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberán suministrar, de manera gratuita, los medidores o contadores necesarios para la medición correcta del consumo del respectivo servicio público al usuario o suscriptor.

Por su parte, el artículo 3 del Proyecto de Ley, que tiene como fin modificar el artículo 144 de la Ley 142 de 1994, señala que, en el marco de los contratos uniformes, las empresas prestadoras de servicios públicos deberán asumir el costo de la adquisición e instalación de los medidores. Igualmente, se establece como obligación de los prestadores de servicios públicos domiciliarios realizar a su cargo la instalación y reparación o cambio de los medidores cuando se establezca que el funcionamiento no permite determinar en forma adecuada los consumos, o cuando el desarrollo tecnológico ponga a su disposición instrumentos de medida más precisos.

Expuestas las propuestas de la iniciativa, lo primero que hay que advertir es la posible inconstitucionalidad de las mismas por ser contrario al artículo 367 Superior que establece “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.” Particularmente, respecto de la recuperación de costos asociados a la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación de medidores inteligentes, la Corte Constitucional recientemente, mediante la sentencia C-186 de 2022,² declaró inexecutable el segundo inciso del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, que prohibía trasladar al usuario en la facturación o en cualquier medio dichos costos. Como fundamento, advirtió que la medida era abiertamente desproporcionada, así:

“(…) La Sala Plena estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el inciso 2º del artículo 56 de la Ley 2099 de 2021, que prohíbe a las empresas prestadoras del servicio de energía trasladarle al usuario, en la facturación o a través de cualquier otro medio, los costos asociados a la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación de los medidores inteligentes de los que trata esa ley. El demandante argumentó que esa prohibición era contraria a la Constitución porque desconocía el criterio de recuperación de costos contenido en el artículo 367 superior, debido a que le impide a las empresas prestadoras del servicio recuperar las erogaciones asociadas a la renovación de los medidores inteligentes.

(…)

Para resolver el problema jurídico, la Corte desarrolló un juicio de proporcionalidad para determinar si la medida limitaba el criterio anotado de forma desproporcionada.

En tercer lugar, concluyó que la norma es evidentemente desproporcionada porque: (i) vulnera el criterio de recuperación de costos, como quiera que este habilita a las empresas a recobrar las erogaciones en los que incurren para prestar servicios públicos y la norma expresamente lo prohibía; (ii) transgrede el criterio de recuperación de costos puesto que la fórmula tarifaria de los servicios públicos, incluyendo el de energía, debe incluir las erogaciones en las que incurre la empresa para prestarlo y los medidores son

² Ver Comunicado 17, Junio 1 y 2 de 2022, Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2017%20-%20junio%201%20y%20de%202022.pdf>

XHV3 npns lpUE rdmS ufp2 emKr oIE=
 Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedelectronica.minhacienda.gov.co>

un elemento esencial para abastecer este servicio; (iii) el criterio de solidaridad no supone una obligación ineludible para la empresa de servicios públicos de subsidiar la prestación del servicio o los costos con los que debe correr para garantizarlo; los subsidios son financiados por los estratos altos y por el Estado con el presupuesto nacional o de los entes territoriales; (iv) es contrario a la libertad económica, porque obliga a todas las empresas prestadoras del servicio de energía a asumir los costos asociados a los medidores inteligentes sin consideración a su capacidad financiera. Existen empresas que podrían ver comprometida su viabilidad ante la obligación de asumir este costo y esta situación pondría en riesgo la prestación del servicio continuo, estable y de calidad; (v) va en contra de la libre competencia, como componente del criterio de eficiencia, pues de acuerdo con el modelo económico que el Legislador definió por mandato de la Constitución, los servicios públicos deben funcionar como un mercado competitivo y eficiente; y (vi) es desproporcionado que las empresas de servicios públicos asuman la totalidad de los costos asociados a los medidores inteligentes cuando los usuarios también se benefician por la operación de tales dispositivos y son sus propietarios. La Corte recordó que los medidores del consumo de servicios públicos son de propiedad de los consumidores, de tal forma que la ley impuso la donación de bienes muebles en favor de los usuarios. En consecuencia, declaró la inexecutable de la disposición demandada (...)

De acuerdo con lo anterior, es inconstitucional establecer que la formulación de tarifas de servicios públicos no tendrá en cuenta los costos de los medidores y que los mismos sean suministrados de forma gratuita por las empresas restadores de servicios públicos, asumiendo estas empresas enteramente los costos de adquisición, instalación, reparación o cambio, dado que se trata de medidas desproporcionales que transgreden el criterio de recuperación de costos y el criterio de solidaridad que deben regir el régimen solidario de los servicios públicos domiciliarios, según el artículo 367 Constitucional, además de ir en contravía de la libertad económica y libre competencia, consagrados en el artículo 333 de la misma Carta Política.

Ya lo dijo la misma Corte, que dejar exclusivamente en cabeza de las prestadoras de servicios de energía el costo de la adquisición, instalación, mantenimiento y reparación de los medidores, es inconstitucional, especialmente porque “(...) la fórmula tarifaria de los servicios públicos, incluyendo el de energía, debe incluir las erogaciones en las que incurre la empresa para prestarlo y los medidores son un elemento esencial para abastecer este servicio (...)”³, además de no tener en cuenta la capacidad financiera de las prestadoras, el criterio de eficiencia de la prestación del servicio y la carga que pueda recaer en los usuarios al beneficiarse de la operación de los medidores.

En particular, los medidores o contadores son costos fijos que no varían según nivel de consumo, y en los que incurren las empresas prestadoras de servicios públicos para la correcta prestación del servicio. Por lo tanto, estos costos son incluidos en los respectivos planes de inversión para los cuales las respectivas comisiones de regulación aprueban los cargos tarifarios que remuneran dichas inversiones. No remunerar estas inversiones implicaría en la práctica que las empresas prestadoras del servicio adelanten una suerte de actividad cuasi-fiscal, en la medida en que el costo de prestación del servicio sería subsidiado y se financiaría, mayoritariamente, con cargo al recaudo tributario.

Por su parte, el Proyecto de Ley desconoce que el criterio de solidaridad no impone una obligación a la empresa de servicios públicos de subsidiar la prestación del servicio o los costos en los que debe incurrir para garantizarlo. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, el esquema de tarifas de los usuarios se basa en un sistema de subsidios cruzados, en el que los usuarios clasificados en estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales, deben pagar contribuciones que financian los subsidios entregados a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, y ante eventuales faltantes, estos se pueden financiar con recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, según corresponda.

Además, tomando como referencia lo señalado por la Honorable Corte Constitucional⁴, esta iniciativa podría estar en contra del principio de libertad económica, puesto que obliga a las empresas prestadoras de servicios públicos a asumir los costos de los medidores o contadores sin tener en cuenta su capacidad financiera, lo cual podría, además, poner en riesgo la

³ Comunicado de Prensa No. 17 del 1 y 2 de junio de 2022 - Sentencia de Constitucionalidad C-186 de 2022 M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz.

⁴ Comunicado de Prensa No. 17 del 1 y 2 de junio de 2022 - Sentencia de Constitucionalidad C-186 de 2022 M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz.

prestación del servicio público. Igualmente, este Proyecto de Ley podría desconocer la libre competencia, puesto que “(...) de acuerdo con el modelo económico que el Legislador definió por mandato de la Constitución, los servicios públicos deben funcionar como un mercado competitivo y eficiente; (...)”⁵.

Adicionalmente, el Alto Tribunal Constitucional ya se había pronunciado respecto a la posibilidad de recuperación de costos, por ejemplo, en Sentencia C-504 de 2020⁶ señaló que: “(...) la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el deber de garantizar la prestación eficiente de dichos servicios se acompaña de la posibilidad amparada por la Constitución Política que las empresas prestadoras de servicios públicos recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con eficiencia y competitividad (artículo 333 superior), lo cual se traduce en una mejor prestación del servicio público. (...)”

Ahora bien, es pertinente advertir que lo enunciado en los artículos 2 y 3 de la propuesta normativa, indudablemente generarían afectaciones del orden presupuestal para las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, toda vez que se les impone expresamente la obligación de asumir los costos asociados a la adquisición e instalación de los medidores utilizados en la prestación propia del servicio, lo que conllevaría, de paso, a una afectación de las finanzas territoriales y de la Nación, pues de conformidad con los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 142 de 1994, es competencia de la Nación y los entes territoriales apoyar financiera, técnica y administrativamente a las empresas de servicios públicos y a los municipios que hayan asumido la prestación directa, “(...) así como apoyar a las empresas organizadas con participación de la Nación o de los departamentos para desarrollar las funciones de su competencia en materia de servicios públicos y a las empresas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a una o varias cooperativas o empresas asociativas de naturaleza cooperativa (...)”.

De igual forma, el artículo 50 de esta misma Ley establece que “(...) el control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. (...)”. Por consiguiente, se puede vislumbrar que las modificaciones propuestas podrían indirectamente afectar las finanzas de la Nación, en razón a que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios requieran apoyo financiero para cubrir los costos asociados a lo contemplado en la iniciativa.

A su vez, en lo que se refiere a la participación que tendrían las entidades territoriales, en caso de continuar con el trámite de este Proyecto de Ley, es pertinente señalar que de acuerdo con el inciso 9 del artículo 356 de la Constitución Política “(...) No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas”. Por lo tanto, la Nación tendría que incurrir en costos fiscales adicionales no contemplados para garantizar a las entidades territoriales descentralizadas los recursos necesarios para que puedan atender las obligaciones referidas.

Por último, la iniciativa debe dar cumplimiento a lo señalado por el artículo 7 de la Ley 819 de 2003⁷, en el sentido que todo Proyecto de Ley debe hacer explícita su compatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, y debe incluir expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas, los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el respectivo financiamiento

Finalmente, la propuesta normativa, en su conjunto, debe ser revisada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las comisiones de regulación de los respectivos servicios públicos, a saber: Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Esto, con el fin de determinar su impacto en la viabilidad financiera de los diferentes prestadores de servicios públicos, incluyendo los municipios prestadores directos y las empresas descentralizadas de las entidades territoriales.

⁵ Ibidem.

⁶ M.P. Dr. Alejandro Linares Cantillo.

⁷ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Por todo lo expuesto, esta Cartera Ministerial se abstiene de emitir concepto favorable al Proyecto de Ley del asunto y solicita estudiar la posibilidad de su archivo, por las razones inconstitucionalidad e inconveniencia fiscal y presupuestal comentadas. Asimismo, se manifiesta la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal y presupuestal vigentes.

Atentamente,

JESÚS ANTONIO BEJARANO ROJAS

Viceministro Técnico
VT/DGPPN/DAF/OAJ

Elaboró: Santiago Cano Arias

Revisó: Germán Andrés Rubio Castiblanco
UJ-456/2022

Con Copia: Dr. Jorge Humberto Mantilla Serrano – Secretario General de la Cámara de Representantes.

Firmado digitalmente por: JESUS ANTONIO BEJARANO ROJAS

VICEMINISTRO- 20

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Código Postal 111711

PBX: (57) 601 3811700

Atención al ciudadano (57) 601 6021270 – Línea Nacional: 018000 910071

relacionciudadano@minhacienda.gov.co

Carrera 8 No. 6C – 38 Bogotá D.C.

www.minhacienda.gov.co