



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

RESOLUCIÓN N°. 165 DE 2019

(27 NOV. 2019)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

En uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 de 1994 y 143 de 1994, y en desarrollo de los decretos 1524 y 2253 de 1994 y 1260 de 2013,

C O N S I D E R A N D O:

Que de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión a las entidades sometidas a su regulación, estas estarán sujetas a una contribución que se liquidará y pagará cada año conforme a las reglas establecidas, en el numeral 2 y el parágrafo 2 de esta misma disposición;

Que la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- tiene a su cargo la liquidación del monto de la contribución que se aplica a cada una de las entidades sujetas a su regulación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y en los Artículos 20 y 21 del Decreto 2461 de 1999, para los subsectores de energía eléctrica y de gas combustible, cuya tarifa máxima no puede ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento de la entidad contribuyente, con exclusión de los factores señalados en las Leyes 142 y 143 de 1994;

Que mediante resolución CREG-139 de 2018 se señala la contribución que debe pagar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- cada una de las entidades reguladas por el año 2018.

Que la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., fue notificada conforme a los mecanismos previstos en la ley del contenido de la resolución CREG-139 de 2018.

Que, encontrándose dentro del término legal, mediante escrito presentado en la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- bajo radicado número E-2019-000685 del veintidós de enero de 2019., el señor Ignacio Uribe Ruiz en calidad de Representante Legal de la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., presentó recurso de reposición contra la resolución CREG-139 de 2018.

IPS

TZ

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

Que, mediante la presente resolución, se procede a resolver este recurso en contra de la Resolución CREG 139 de 2018, con base en las siguientes consideraciones:

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. PROCEDENCIA DEL RECURSO

El recurrente presentó el recurso de reposición contra la resolución CREG 139 de 2018, proferida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, por medio de la cual se señala la contribución que debe pagar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- cada una de las entidades reguladas por el año 2018.

El recurso fue interpuesto dentro del término legal, esto es, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación, de acuerdo con el plazo establecido en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es así que, al dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se admite este recurso, por lo que se procede a resolver de fondo y pronunciarse respecto de las inconformidades planteadas por el recurrente, motivando los aspectos de hecho y de derecho que la sustentan.

2. RAZONES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Los fundamentos del recurrente se exponen a continuación:

Argumenta el recurrente que:

"Para efectos de fijarla base gravable la CREO incluyó todas las cuentas 51 cuyos rubros corresponden a gastos de funcionamiento (5101, 5102, 5103, 5104, 5111 y menos la 5120) y la cuenta 75 de la que tómalas subcuentas 7505, 7510, 7535, 7542, 7545, 7550, 7560, 7565, 7570 y 7540, incluyendo la 7565 que es de impuestos y que no hace parte de la base. En tal sentido se violaron los principios de progresividad, justicia y equidad, además del principio de legalidad tributaria, toda vez que la cuenta 7565, se reitera, no debe formar parte de la base gravable para liquidar la contribución. En otras palabras, la CREG al cambiar la base gravable utilizó conceptos que en nada reflejan capacidad contributiva o capacidad de pago y, por el contrario, conllevan en algunos casos tributación sobre bases irreales.

De acuerdo al cálculo realizado por la CREG se fijó como base gravable \$121.549.292.9792 sin excluir la cuenta 7565 (impuestos \$2.719.421.1159) de tal suerte que el valor de la contribución fue superior.

El Consejo de Estado en sentencia 20720 del 5 de febrero de 2015, C.P Jorge Octavio Ramírez, en la que se emitió fallo en proceso adelantado por ISAGEN

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

contra la Superservicios por la liquidación de la contribución correspondiente al año 2011, señaló:

"5.2." De acuerdo con lo anterior, y de la lectura de los actos administrativos demandados, se concluye que la superintendencia, para liquidar la base gravable de la contribución especial a cargo de ISAGEN, por el año 2011, se fundamentó en lo dispuesto en los artículos 2º de la resolución No SSPD 2011300017485 del 28 de junio de 2011 y no de la resolución No. SSPD 20111300008785 del 12 de abril de 2011, por lo que tomó los valores registrados por la empresa en las cuentas pertenecientes al grupo 75-Costos de producción, señaladas en dichos actos"

*Tales cuentas, tal como se ha reiterado de manera uniforme por la jurisprudencia de esta Sección, **no son gastos asociados al servicio sometido a regulación”***

*De la lectura del artículo 338 de la Carta, se puede concluir, para este caso, que la ley es la que debe fijar los elementos del tributo, esto es; los sujetos activos pasivos, los hechos, la base gravable y las tarifas. Sin embargo y de manera especial, la ley puede conferirle atribuciones especiales a las autoridades administrativas, en este evento, a la CREG para que fijen la **tarifa**, para este caso de la contribución.*

*En efecto, es claro que la facultad entregada a la CREG está limitada a la tarifa, no es posible extender la facultada los demás elementos de los tributos tales como: los sujetos activos y pasivos, los hechos y las **bases gravables**.*

Tenemos entonces, que la CREG al incluir la cuenta 7565 violó los principios de progresividad, justicia y equidad, además del principio de legalidad tributaria toda vez que esta cuenta no forma parte de la base gravable establecida por el legislador para liquidar la contribución. En otras palabras, la CREG al cambiar la base gravable, utilizó conceptos que en nada reflejan capacidad contributiva o capacidad de pago y, por el contrario llevan en algunos casos a que se tribute sobre bases irreales (aplicación de la tarifa sobre valores correspondientes a cuentas contables), doble tributación y cascada tributaria".

II. CONSIDERACIONES DE LA CREG

Para dilucidar el planteamiento del recurso de reposición, la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG efectuará un análisis acerca de los requisitos de la contribución.

En este orden de ideas es necesario precisar que los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones y se pueden definir de la siguiente forma, de acuerdo con la Sentencia C-545 de 1994 con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz:

IMPUESTOS: Representan la obligación para el contribuyente de hacer un pago, sin que exista una retribución particular por parte del Estado.

CHP

JL

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

TASAS: Tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva y potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que contribuye al presupuesto de la obligación."

CONTRIBUCIONES: Todas las cargas fiscales al patrimonio particular, sustentadas en la potestad tributaria del Estado.

CONTRIBUCIONES ESPECIALES: Es un pago por una inversión que beneficia a un grupo de personas.

De acuerdo esta clasificación, las normas procedimentales del Estatuto Tributario Nacional son aplicables a los impuestos del orden nacional y a los impuestos de orden territorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 383 de 1997 para éste último. Es por esto, que el tributo a que hace referencia el artículo 85.2 de la Ley 142 de 1994, no se clasifica como un impuesto del orden nacional y territorial, sino como una contribución especial, la cual, escapa a la aplicación de las normas procedimentales del Estatuto Tributario Nacional.

Así las cosas, se trata de una contribución legalmente establecida, ajustada a los principios de legalidad del tributo y cumple con el lleno de requisitos legales para ser exigible por la CREG.

La contribución que se liquidó en el acto administrativo recurrido, fue establecida por la Ley 142 de 1992 "*Ley de servicios públicos domiciliarios*" artículo 85, de acuerdo con los criterios del numeral 2 y parágrafo 2 de esta disposición, a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- y a cargo de las entidades sometidas a su regulación, con el fin de recuperar los costos de los servicios de regulación que presta la Entidad.

La contribución a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG-, constituye un tributo que como tal, es obligatorio para todas las sociedades sometidas a regulación. Esta obligación fiscal a cargo de las entidades reguladas tiene prevista una sanción moratoria en caso de retardo en su cancelación lo que denota su carácter coercitivo. Como se puede apreciar la contribución va dirigida a un sector específico, como lo son las entidades reguladas por la CREG y su recaudo tiene como destinación cubrir sus gastos de funcionamiento.

En este orden de ideas son sujetos pasivos de la contribución a favor de la CREG las entidades sometidas a su regulación control y vigilancia¹,

La Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG-, para llevar a cabo la contribución especial se fundamentó en la información del Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos -RUPS, encontrando que la ISAGEN S.A. E.S.P., desarrolla actividades objeto de regulación.

De la misma forma, el artículo 21 de la Ley 143 de 1994 establece la forma como debe realizarse la liquidación de la contribución especial de las empresas reguladas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

Los criterios para la determinación del porcentaje de la contribución y su liquidación se encuentran desarrollados en la Resolución 039 de 2017 mediante la cual “*Por la cual se establece el Reglamento Interno de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG*”.

En el Documento CREG No.105 de 2018 están contenidos los análisis que soportan la propuesta de asignación de porcentaje de contribución que deben pagar las entidades sometidas a la regulación de la CREG para el año 2018.

Que para efectos de la resolución objeto de recurso la CREG ha aceptado la definición jurisprudencial del término “*gastos de funcionamiento*”, adoptada por el Consejo de Estado Sección Cuarta. C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia, Rad. 11001-03-27-000-2007-00049-00 (16874) del 23 de septiembre de 2010 y Rad. 25000-23-27-000-2012-00362-01 (20253) del 17 de septiembre de 2014, tuvo lugar a partir del análisis al catálogo de cuentas del Plan Contable (estructura instrumental para registro contable).

Que, con ocasión de la convergencia a Normas de Información Financiera en Colombia, prevista en los marcos normativos que constituyen los principios de contabilidad vigentes; el país migró a normas de alta calidad.

Que para efectos de lo anterior la Superservicios expidió una estructura para reporte de información financiera en el lenguaje informático XBRL, fundamentado en las estructuras de taxonomía expedidas por el organismo IASB que emite las Normas Internacionales de Información Financiera. Cada reporte basado en una taxonomía por grupo y tipo de reporte, permite reflejar los requerimientos de reconocimiento, medición (inicial y posterior), presentación y revelación de cada uno de los marcos normativos, es así que cada preparador de información, vigilado por esta superintendencia, podrá utilizar los mecanismos que considere más fiables y pertinentes para el registro de los hechos económicos en cumplimiento de los objetivos de la información contable, sin que estos sufran una modificación en su naturaleza.

Que a la luz de los nuevos marcos normativos contables reglamentados por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2420 de 2015 y por la Contaduría General de la Nación a través de las Resoluciones Nros. 037 de 2017, 414 de 2014, se puede concluir que los Gastos de Funcionamiento son los que están relacionados con la prestación del servicio sujeto a inspección, vigilancia y control y en consecuencia sirvan como variable para el cálculo de la contribución especial.

Que de conformidad con el numeral 85.1 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, para definir los costos de los servicios que presta la CREG, se tomó el presupuesto anual de gastos aprobado a la entidad para el período anual respectivo, el cual está integrado, entre otros, por los gastos de funcionamiento y los gastos de inversión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 36 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

Que de acuerdo con lo anterior y con el fin de proyectar la tarifa para la liquidación de la contribución especial del año 2018, se tomó la información financiera reportada y certificada con corte a 31 de diciembre de 2017 por las

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control y el valor del presupuesto por concepto de ingresos corrientes "tasas, multas y contribuciones" para el año 2018 antes indicado.

Que la Ley 142 de 1994 Artículo 85. PARÁGRAFO 2o. Al fijar las contribuciones especiales estableció que se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia.

Que al respecto el Consejo De Estado, **Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta** en sentencia dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 11001-03-27-000-2017-00012-00 (22972) GESTIÓN ENERGÉTICA 5.A. E.S.P. "GENSA S.A. E.S.P. contra SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS por la CONTRIBUCIÓN ESPECIAL SSPD 2016 manifestó:

"Entonces, cuando la SSPD necesita cubrir faltantes presupuestales, la ley permite que los gastos operativos puedan ser adicionados a los gastos de funcionamiento, en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la superintendencia.

Tratándose de empresas del sector eléctrico, la base gravable se conforma de la siguiente manera: (i) Según la regla general: De los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación se excluyen los gastos operativos, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello , (ii) conforme a la regla exceptiva, configurado el supuesto de hecho - el faltante presupuestal- la ley permite adicionar a esos rubros los gastos operativos en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la superintendencia. (Subrayado fuera del texto original)

La regla general y la excepción previstas por el legislador son concordantes con el fin mismo de la contribución especial, que es recuperar los costos de los servicios de control y vigilancia, y guarda armonía con el artículo 338 de la Constitución Política, que prevé que la tarifa es para la recuperación de costos de los servicios que presta la autoridad administrativa." ...-

Que aunado a lo anterior, el parágrafo 2o. del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 estableció que *"Al fijar las contribuciones especiales se eliminarán, de los gastos de funcionamiento, los gastos operativos; en las empresas del sector eléctrico, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes, cuando hubiere lugar a ello; y en las empresas de otros sectores los gastos de naturaleza similar a éstos. Estos rubros podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia"* (subrayado fuera del texto original).

Con fundamento en la anterior información, se efectúo el análisis respectivo y la CREG expidió el Documento CREG 105 de noviembre 23 de 2018, el cual

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

contiene la metodología corregida de la elaboración de la liquidación y cálculo de la contribución, teniendo en cuenta el faltante necesario para cubrir el presupuesto de la Entidad, el cual es liquidado tomando los Costos operativos (Cuenta 7) reportados por las reguladas y aplicando el porcentaje respectivo para cubrir el faltante.

Por lo anterior, la CREG procedió a efectuar la liquidación de las contribuciones, teniendo en cuenta los siguientes fallos proferidos por el Consejo de Estado, que al respecto señalan:

- *Sentencia del 23 de septiembre de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta, radicación número 11001-03-27-000-2007-00049-00 (16874), C.P. doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, a través de la cual se adoptó una definición jurisprudencial de lo que debe entenderse por gastos de funcionamiento, señalando que son aquellos que "...tienen que ver con la salida de recursos que de manera directa o indirecta se utilizan para ejecutar o cumplir las funciones propias de la actividad, que son equivalentes a los gastos operacionales u ordinarios, es decir los normalmente ejecutados dentro del objeto social principal del ente económico o, lo que es lo mismo, los gastos asociados al servicio sometido a regulación, de manera que deberán excluirse aquellas erogaciones que no estén relacionadas con la prestación del servicio público domiciliario".*
- *Sentencia del 17 de septiembre de 2014, Sección Cuarta, radicación número 25000-23-27-000-2012-00362-01 (20253), C.P. doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, que señaló entre otros aspectos, lo siguiente: "...no son gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación, los descritos en las cuentas del grupo 75 - costos de producción (...) En ese orden de ideas, la inclusión de los costos de producción (grupo 75 del Plan de Contabilidad para Entes Prestadores de Servicios), dentro de los gastos de funcionamiento asociados a la prestación del servicio regulado que hizo la Resolución SSPD 2011300008735 de 2011 es contraria al artículo 85 (85.2) de la Ley 142 de 1994, dado que amplía la base gravable del tributo con erogaciones que (no) hacen parte de los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas".*

Que al respecto, se pudo verificar que el valor tomado en la resolución CREG 139 de 2018 corresponde a \$121.549.292.979 cifra que incluye el valor de la cuenta impuestos (impuestos \$2.719.421.1159), siendo entonces acertado afirmar que el valor de la base gravable para la empresa ISAGEN S.A. E.S.P. asciende a la suma de \$118.829.871.820 y luego de aplicar el 1% establecido como tarifa la suma de contribución corresponde al valor de MIL CIENTO OCIENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE (\$1.188.298.718 00)

La Comisión, en la sesión CREG 960 del 27 de noviembre de 2019, aprobó la presente resolución.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por ISAGEN S.A. E.S.P. en contra de la Resolución CREG 139 de 2018

R E S U E L V E:

ARTÍCULO 1. MODIFICAR el artículo primero de la Resolución CREG 139 de 2018, en la cual se señala la base gravable y el valor a pagar por la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de este proveido.

Parágrafo: En consecuencia, el valor de la base gravable para la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., corresponde a la suma de CIENTO DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS M/CTE (\$118.829.871.820) y el valor a pagar por concepto de contribución a la suma de MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE (\$1.188.298.718 00)

ARTÍCULO 2. INFORMAR a quien corresponda el contenido de la presente resolución para que efectué los ajustes contables necesarios de la resolución 139 de 2018 con destino al recurrente.

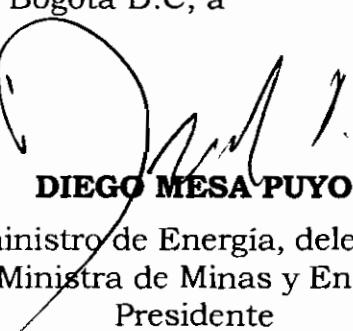
ARTÍCULO 3. NOTIFICAR al representante legal de la empresa ISAGEN S.A. E.S.P., el contenido de la presente resolución, conforme con lo establecido en los artículos 67 y ss del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 4. Contra la presente resolución no procede recurso alguno, quedando por lo tanto agotada la vía gubernativa.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

27 NOV. 2019

Dada en Bogotá D.C, a



DIEGO MESA PUYO
Viceministro de Energía, delegado de
la Ministra de Minas y Energía
Presidente



CHRISTIAN JARAMILLO HERRERA
Director Ejecutivo

