



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

RESOLUCIÓN No. 2 5 7 DE 2016

(2 6 DIC. 2016)

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

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,

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-188 DE 2016 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 2016.

Que la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. fue notificada de manera oportuna del contenido de la resolución CREG-188 de 2016.

Que encontrándose dentro del término legal, mediante escrito presentado en la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- bajo radicado número E-2016-013758 del catorce (14) de diciembre de 2016., el Gerente General de la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., presentó recurso de reposición contra la resolución CREG-188 de 2016.

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

Que mediante la presente resolución, se procede a resolver este recurso en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, con base en las siguientes consideraciones:

I. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

1. PROCEDENCIA DEL RECURSO

El recurrente presentó el recurso de reposición contra el artículo 1 de la resolución CREG-188 de 2016, 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 2016.

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:

*“En consecuencia, al realizar la revisión de la contribución que debe pagar XM y que fue liquidada por la CREG, encontramos que en la base gravable que se tomó para liquidar la **contribución**, están incluidos los conceptos de: “5304 Provisión para Deudores”, “5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo” y “5345 Amortización de Intangibles”, los cuales no hacen parte de la base gravable para liquidar la contribución a cargo de las entidades del sector eléctrico sujetas a regulación.*

En ese orden de ideas, solicitaremos revocar la liquidación de la contribución que debe pagar XM para el año 2016, por cuanto en el renglón “Gastos de administración sin impuestos, tasas, contribuciones e impuesto de renta”, que fue reportado en el Formato Complementario FC 01 por valor de \$31.603.509.000, se incluyó un valor de \$2.655.799.972, correspondiente a los conceptos de “5304 Provisión para Deudores”, “5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo” y “5345 Amortización de Intangibles”, valor que debe ser excluido del concepto de gastos, lo cual genera una disminución de la base gravable para determinar el valor de la contribución a cargo de XM; tal como se ilustra así:

3

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

<i>Gastos de Administración sin impuestos, tasas, contribuciones e impuesto de renta</i>	\$31.603.509.000
<i>Menos:</i> 5304 Provisión para Deudores 5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo 5345 Amortización de Intangibles	(\$2.655.799.972)
Valor nueva base gravable	\$28,947,709,028

Al realizar el ajuste indicado a la base gravable, en consecuencia, se disminuye el valor de la contribución a cargo de XM para el año 2016.

XM una vez la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - SSPD - le liquidó la contribución especial del año 2016, encontró que en la información reportada en el formato FC-01 Costos y Gastos de Servicios Públicos, disponible en el SUI, se incluyeron los conceptos "5304 Provisión para Deudores", "5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo" y "5345 Amortización de Intangibles", y el día 16 de septiembre de 2016 mediante Recurso de Reposición solicitó a la SSPD, revocar la liquidación oficial del año 2016 a cargo de XM y la modificación de la información reportada para el cálculo de la base, con el fin de que se excluyeran los valores indicados y en consecuencia disminuir la base para la liquidación de la contribución.

La SSPD accedió a la petición y resolvió en forma favorable a XM, el recurso de reposición y el de apelación, disminuyendo de la base gravable de la liquidación oficial del año 2016 los conceptos "5304 Provisión para Deudores", "5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo" y "5345 Amortización de Intangibles", y en consecuencia disminuyó el valor de la contribución para el 2016. Lo anterior mediante las Resoluciones N° SSPD -20165300058645 del 3 de octubre de 2016 y SSPD - 20165000061035 del 28 de octubre de 2016, las cuales se anexan.

Igualmente manifestó el recurrente que:

"...El valor liquidado por la CREG, para la contribución de XM S.A. E.S.P. fue de \$262.103.702 el cual es un valor superior a la liquidación realizada de acuerdo con los criterios para establecerla, de tal forma que se solicita que se revise nuevamente la base de la liquidación y se excluyan los valores correspondientes a "5304 Provisión para Deudores", "5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo" y "5345 Amortización de intangibles".

El objetivo de la norma contenida en el numeral 85.2. Del Artículo 85 de la Ley 142 de 1994, fue establecer como único parámetro de base gravable para calcular las contribuciones especiales de los entes sujetos a ella, los gastos de funcionamiento, por tal razón, incluir otros conceptos para la liquidación excede lo contenido en la norma y por lo tanto se estarían desbordando las facultades que la ley le otorgó para liquidar la contribución, en detrimento del patrimonio de las entidades del sector eléctrico sujetas a regulación."

II. CONSIDERACIONES DE LA CREG

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

De acuerdo con los argumentos del recurrente, estos se circunscriben a un aspecto fundamental:

Se revoque parcialmente la Resolución CREG 188 del 15 de noviembre de 2016, notificada a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. NIT N° 900.042.857-1, el día 30 de noviembre de 2016 y retirar de la base para el cálculo de la contribución para el año 2016 los valores de los rubros correspondientes a "5304 Provisión para Deudores", "5330 Depreciación de Propiedades, Planta y Equipo" y "5345 Amortización de Intangibles", por valor de \$2.655.799.972 y tomar como base para liquidarla el valor de \$28.947.709.028.

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.

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 párrafo 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 empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS 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-

Igualmente es importante señalar lo siguiente:

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:

¹ Artículo 85 Ley 142 de 1994

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

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

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.

De acuerdo con la Teoría General del Acto Administrativo, este es la declaración de voluntad de una autoridad administrativa, proferida en la forma determinada por la ley o el reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho público, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir efectos jurídicos para la satisfacción de un interés administrativo y que contenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva.

Dentro de la clasificación de los actos administrativos pueden ser de carácter general o de carácter particular y concreto así:

Son actos administrativos de carácter general los que recaen sobre un grupo general o indeterminado de personas, o cuando el texto del Acto Administrativo no especifica a quien va dirigido.

Son Actos Administrativos de carácter particular y concreto los que recaen sobre un sujeto pasivo determinable, lo cual no significa que la administración únicamente deba hacer alusión a un solo individuo o persona, ya que puede recaer sobre 1 o más personas y conservar las características de un acto administrativo particular, por citar un ejemplo, esto puede suceder cuando se otorga una pensión a una persona, o cuando se les da a más de una persona.

Por lo tanto, siempre que los afectados por el acto estén nominalmente identificados, individualizados, el acto es particular independientemente del número de personas afectadas. Sobre éste punto el Honorable Consejo de Estado ha expuesto:

La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: 'Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman'.²

El hecho de no expedir una resolución para cada una de las empresas, señalando el factor que se aplica y el valor de la contribución que deben pagar, no vicia de nulidad el acto administrativo, pues se trata de un acto administrativo expedido dentro de una misma actuación administrativa para todas las Entidades reguladas. Igualmente, este argumento no se encausa en la falsa motivación, ya que como se ha hecho referencia, no realiza un análisis de la realidad fáctica y jurídica del acto, con miras a establecer su veracidad, sino que se plantea un problema de valoración del cuerpo del acto, como de las formalidades para su expedición.

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 [85.2j de la Ley 142 de 1994, dado que amplía la*

²

Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección segunda, Subsección "A", Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón Bogotá, D.C, cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010) Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00360-01(3875-03)

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

base gravable del tributo con erogaciones que (no) hacen parte de los gastos de funcionamiento de las entidades vigiladas".

Igualmente la Ley 142 de 1994 en su artículo 85 establece que para efectos de la contribución especial se tomarán los estados financieros, con corte a 31 de diciembre del año anterior, reportados en oportunidad al SUI.

La Ley 1314 de 2009, establece el proceso de convergencia a normas internacionales de información financiera, que fue reglamentado para el Grupo 1 mediante el Decreto 2784 de 2012, estableciendo los requisitos para pertenecer a este grupo, así como el cronograma de aplicación de marco normativo internacional (NIIF PLENAS), el cual estableció como período de aplicación el año 2015, por lo tanto, los primeros estados financieros de la empresa clasificados en este grupo son con corte a 31 de diciembre de 2015, como es el caso de la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P.

El Decreto 2784 de 2012 y 3024 de 2014, para el caso de Grupo 1 quedaron compilados en el Decreto 2420 de 2015. Por lo tanto, el carácter normativo y legal para calcular la contribución bajo el marco normativo internacional, lo establece la normativa anteriormente mencionada para estos fines.

Adicionalmente, es importante aclarar que la Ley 142 de 1994, no establece que la contribución especial este sujeto a un régimen financiero o contable, sino a los estados financieros vigentes.

Sin embargo y en atención a lo señalado por el recurrente en el que manifiesta que se encargó de que cada uno de los renglones solicitados y reportados correspondiera con los estados financieros NIIF y que por esto se gestaron diferencias sustanciales en la base de la contribución de 2016, frente a los años precedentes, puesto que cuando en años anteriores se tomaba como base para liquidar la contribución los gastos de administración, acudía únicamente a las cuentas del Grupo 51, pero en este período, en dichas cuentas se agruparon de un lado las cuentas del Grupo 53 (Provisiones, amortizaciones y depreciaciones) y de otro, la cuenta activos sociales (511167) se procedió a verificar las notas de los estados financieros del prestador, encontrando que efectivamente se reportó en el rubro "GASTOS DE ADMINISTRACIÓN" el concepto "PROVISIONES, AMORTIZACIONES Y DEPRECIACIONES".

En este sentido, en atención a que el Consejo de Estado en la sentencia 16874 del 23 de septiembre del año 2010, señaló que *"Para la Sala es evidente que no corresponden a la definición que la jurisprudencia de esta Sección ha desarrollado de gastos de funcionamiento, las erogaciones incluidas en el Grupo 53 referidas a provisiones, agotamiento, depreciaciones y amortizaciones, porque no representan salidas de recursos para lograr el funcionamiento de la entidad"*, procederá la CREG a excluir estos conceptos de la base gravable establecida en la Resolución 188 de 2016, correspondiente a la contribución especial año 2016, a cargo de la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., por el servicio público de energía, el valor correspondiente a "PROVISIONES, AMORTIZACIONES Y DEPRECIACIONES".

En este orden de ideas, una vez efectuada la exclusión solicitada la base gravable de contribución para la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., corresponde al valor de VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$28.947.708.919.00) M/cte. y el valor correspondiente a pagar por concepto de contribución asciende a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$240.077.824.00) M/cte.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, en su sesión 754 del 26 de diciembre de 2016, aprobó expedir la presente resolución.

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016, interpuesto por XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P

RESUELVE:

ARTÍCULO 1. MODIFICAR, El artículo primero de la resolución CREG-188 de 2016, en la cual se señala la base gravable y el valor a pagar por la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Parágrafo: En consecuencia de lo anterior, el valor a pagar por parte de la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P., corresponde a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (\$240.077.824.00) M/cte.

ARTÍCULO 2. INFORMAR, a quien corresponda el contenido de la presente resolución para que efectué los ajustes contables necesarios y se emita el respectivo paz y salvo de la resolución 188 de 2016 con destino al recurrente.

ARTÍCULO 3. NOTIFICAR al representante legal de la empresa XM COMPAÑIA DE EXPERTOS EN MERCADOS 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE

26 DIC. 2016

Dada en Bogotá D.C, a


RUTTY PAOLA ORTIZ JARA
Viceministra de Energía
Delegada del Ministro de Minas y Energía
Presidente


GERMÁN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo