



**Comisión de Regulación
de Energía y Gas**

**PROCEDIMIENTO PARA LA PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN CONTABLE Y
FINANCIERA, EL CÁLCULO, LA LIQUIDACIÓN, EL COBRO, EL RECAUDO Y LAS
ACCIONES DE FISCALIZACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA
CREG PARA LAS PERSONAS PRESTADORAS DE LA CADENA DE COMBUSTIBLES
LÍQUIDOS**

DOCUMENTO CREG-192

28-12-20

**CIRCULACIÓN:
MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE
REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS**

RESPUESTA A COMENTARIOS RECIBIDOS CON OCASIÓN DE LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CREG 234 DE 2020 “Por la cual se ordena hacer público el proyecto de resolución “Por la cual se reglamenta el procedimiento para la presentación de la información contable y financiera, el cálculo, la liquidación, el cobro, el recaudo y las acciones de fiscalización de la contribución especial a favor de la CREG para los sujetos pasivos definidos en el numeral 4 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994”.

COMENTARIOS RECIBIDOS POR ACP

COMENTARIO NO. 1

En primer lugar, quisiéramos resaltar la improcedencia, a la luz de la Sentencia de la Corte C484/2020, del procedimiento que se está siguiendo para solicitar información financiera y liquidar la contribución a la CREG a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos.

RESPUESTA:

Se aclara que la información requerida por la CREG fue solicitada bajo el amparo del Artículo 4 del Decreto 1260 de 2013 el cual establece que:

“Funciones. La Comisión de Regulación tiene las funciones especiales establecidas en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, en el artículo 3° del Decreto 4130 de 2011, que seguidamente se compilan en este artículo, y las demás establecidas en las leyes citadas y en las que las modifiquen, complementen o adicionen”.

En este orden de ideas el artículo 73 de la ley 142 de 1994 establece que:

“Salvo cuando esta Ley diga lo contrario en forma explícita, no se requiere autorización previa de las comisiones para adelantar ninguna actividad o contrato relacionado con los servicios públicos; ni el envío rutinario de información. Pero las comisiones, tendrán facultad selectiva de pedir información amplia, exacta, veraz y oportuna a quienes prestan los servicios públicos a los que esta Ley se refiere, inclusive si sus tarifas no están sometidas a regulación. Quienes no la proporcionen, estarán sujetos a todas las sanciones que contempla el artículo 81 de la presente Ley. En todo caso, las comisiones podrán imponer por sí mismas las sanciones del caso, cuando no se atiendan en forma adecuada sus solicitudes de información”.

Así las cosas, se realizó el requerimiento de información con el fin de cumplir con las funciones que la ley ha conferido a la CREG.

De otro lado, se precisa que de acuerdo con el comunicado de prensa 49 emitido por la Honorable de la Corte Constitucional sobre el contenido de la Sentencia C484 de 2020, se infiere de la lectura de este que la contribución de los agentes de combustibles líquidos correspondiente a la vigencia de 2020 se encuentra en firme toda vez que, si bien el fallo surte efectos inmediatos y a futuro, al referirse a una contribución anual ya causada, los mismos no pueden ser retroactivos. Por tal razón la vigencia 2020, corresponde a una situación consolidada y la CREG adelantó las gestiones necesarias para determinar la contribución a favor de la entidad.

En este punto es necesario precisar que el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 que modificó el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, además de definir los sujetos pasivos de la contribución a favor de la CREG, estableció la metodología de cálculo de la contribución, la información financiera requerida y el término para el reporte de la información, razón por la cual estas situaciones se encuentran ya definidas en la Ley, y en el Decreto 1150 de 2020. Sin perjuicio de los aspectos procedimentales que determine la Comisión, éstos se encuentran sujetos a las citadas disposiciones legales.

Una vez conocido el fallo en su totalidad la CREG adoptará las decisiones que considere conducentes y pertinentes para dar cumplimiento al mismo en su totalidad.

COMENTARIO NO. 2

Las empresas afiliadas a la ACP, recibieron el día de ayer 23 de diciembre, antes de la expedición de la resolución que lo reglamenta, una comunicación solicitándoles el reporte de información financiera con tan solo un día de plazo, es decir con vencimiento hoy 24 de diciembre 2020.

Según el artículo 261 de la Ley 223 de 1995, los contribuyentes o sujetos pasivos de contribuciones en general tienen el derecho de contar como mínimo con 15 días calendario para responder cualquier requerimiento de información de parte de las respectivas administraciones.

Acogiéndonos a este derecho, solicitamos comedidamente se amplíe, como mínimo hasta el 8 de enero de 2021, el plazo dado a los agentes de la cadena de distribución de combustibles líquidos para reportar la información requerida.

RESPUESTA:

Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que el párrafo transitorio del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, estableció que el plazo para el reporte de la información correspondiente a la vigencia 2019 por parte de los sujetos pasivos de la contribución especial a favor de la CREG es el 31 de julio de 2020.

Por lo anterior, al momento de solicitud por parte de la CREG, esta información debería estar consolidada y a disponibilidad de las autoridades que precisaran de la misma. En este sentido, no es viable conceder un término adicional para el reporte.

COMENTARIO NO. 3

Adicionalmente, consideramos pertinente ampliar también el plazo de 3 días establecido para hacer comentarios a la resolución 234 de 2020, que busca precisamente reglamentar el procedimiento para la presentación de dicha información. Esta reglamentación a nuestro concepto no es de baja complejidad, contiene más de 5 artículos (43), y por tanto debería darse para su revisión un tiempo superior a 10 días hábiles.

RESPUESTA.

El acto sometido a consulta no resulta per se un acto administrativo de carácter regulatorio. Por el contrario, se trata de un acto administrativo que precisa aspectos procedimentales para el cumplimiento de una obligación legal. En este orden de ideas el plazo determinado se considera acorde con el alcance de la resolución.

COMENTARIO NO 4

Por otra parte, respecto al formato de reporte de la información, solicitamos se nos aclare explícitamente, ¿Cuáles son las actividades de la cadena de distribución y los combustibles líquidos regulados por la CREG?

7. Nuestro entendimiento es que la CREG no tiene competencia para regular:

- a) *La producción e importación de biocombustibles, su alcance se limita a los combustibles derivados del petróleo y a las actividades definidas en el artículo 3 del Decreto 4299 de 2005 y en el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4130 de 2011 (artículo 2.2.1.1.2.2.1.3. del Decreto 1073).*
- b) *La importación, distribución mayorista y minorista de combustibles líquidos con destino a zonas de frontera. Según el artículo 173 de la Ley 1607 de 2012, la función de la distribución de combustibles en zonas de frontera es exclusiva del Ministerio de Minas y Energía.*
- c) *Y que los ingresos de los agentes por actividades o comercialización de combustibles no regulados por la CREG (por ejemplo: Jet A1, AVGAS 100-130 y otros) no formarían parte de la base gravable.*

RESPUESTA

Las competencias regulatorias de la CREG respecto del sector de combustibles líquidos son las definidas en el artículo 3 del Decreto 4130 de 2011 y en el artículo 4 del Decreto 1260 de 2013.

COMENTARIOS RECIBIDOS POR ACOLGEN

Por medio de la presente enviamos nuestros comentarios a la Resolución del Asunto, “Por la cual se ordena hacer público el proyecto de resolución “Por la cual se reglamenta el procedimiento para la presentación de la información contable y financiera, el cálculo, la liquidación, el cobro, el recaudo y las acciones de fiscalización de la contribución especial a favor de la CREG para los sujetos pasivos definidos en el numeral 4 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994”.

Si bien es de gran importancia la asignación de los recursos necesarios para el cabal cumplimiento de funciones por parte del ente regulador, no lo es menos que este proceso debe realizarse con el mayor respeto del ordenamiento jurídico y las decisiones judiciales.

En este sentido, en el proyecto de Resolución en comento, la CREG está calculando y liquidando la contribución especial de los agentes sujetos a regulación, con fundamento en el artículo 18 del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1955 de 2019) el cual, de acuerdo con la sentencia C-484 de 2020, informada por el comunicado N° 49 de la Corte Constitucional del 19 y 20 de noviembre, fue declarado inexecutable de manera inmediata, en los siguientes términos:

En virtud de lo expuesto, la Sala Plena declaró la inexecutable de todo el artículo 18 demandado (salvo el numeral 4° parcial) de forma inmediata y con efectos a futuro, sin necesidad de modular sus efectos. Señaló la Corte que no se veía la necesidad de proceder con dicha modulación, al no encontrarse en el marco de los supuestos que conllevan a la necesidad de diferir los efectos en el tiempo. Asimismo, indicó que la tasa contributiva a la que alude la disposición demandada se recauda de forma anual, y que los sujetos activos del tributo no se encuentran en un escenario incierto, ya que, ante la declaratoria de inexecutable de la modificación de la norma, se impone la consecuencia lógica de la plena vigencia del contenido normativo contenido en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Por último, señaló la Corte que el diferimiento señalado por la Corte para la mayor parte del artículo 18 en la sentencia C-464 de 2020, obedeció a un cambio de estándar jurisprudencial para la valoración del principio de unidad de materia en asuntos de naturaleza tributaria y de servicios públicos, contenidos en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, elemento que no se presenta en el presente caso. Por estas razones, esta inexecutable del citado artículo 18 (salvo el numeral 4° parcial ya declarado inexecutable), surte efectos inmediatos y hacia el futuro. Subraya fuera del texto.

La CREG en el último considerando del proyecto de resolución incluye que la Corte Constitucional, por medio del comunicado de prensa de 19 de noviembre de 2020, informó que mediante la Sentencia C-484 de 2020 declaró inexecutable el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 de forma inmediata y con efectos a futuro y aclaró que se trata de una tasa contributiva anual. Sobre este punto, la CREG hace una interpretación consistente en que los efectos de la sentencia se deben surtir a partir de la siguiente anualidad, es decir del 2021 y que es procedente la reglamentación, liquidación y cobro del tributo para la vigencia 2020. La verdad es que no compartimos esta interpretación que realiza la CREG sobre este particular, pues eso no lo dice el comunicado de la Corte Constitucional, como se transcribió, y a lo que sí se refiere expresamente dicho comunicado, es a la plena vigencia del contenido normativo contenido en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 a partir de la inexecutable del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019.

En consecuencia, estimamos que la CREG deberá liquidar la Contribución con la base anterior a la expedición del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, esto es, aplicando lo previsto en el artículo 85 de la ley 142 de 1994, al quedar sin piso jurídico el artículo 18 del Plan Nacional de Desarrollo.

En este punto, debe reiterarse que las sentencias de inconstitucionalidad empiezan a regir no desde su notificación/comunicación/publicación sino desde su adopción, con lo cual es claro que en este caso las sentencias a las que se refieren los comunicados a los que nos hemos venido refiriendo, se encuentran vigentes pues ya fueron adoptadas por el máximo órgano de control constitucional.

Es importante que la Comisión tenga muy presente que existe la prohibición constitucional que tienen los servidores públicos de reproducir normas declaradas inconstitucionales (Artículo 243 de la Constitución Política).

RESPUESTA

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIOS PRESENTADOS POR FENDIPETROLEO

COMENTARIO NO. 1

En primera instancia manifestamos nuestra preocupación por los tiempos que la Comisión ha dispuesto para que los agentes, sujetos pasivos de este Acto Administrativo, emitan sus comentarios, creemos que tres (3) días resulta un período sumamente corto para realizar el análisis y la estructuración de una propuesta que enriquezca el debate. Igualmente recordamos a la Comisión que las normas que rigen este tipo de aspectos, Decreto 2696 de de 2004 concordado en el Decreto 1078 de 2015 artículo 2.2.13.3.3, disponen sobre los períodos de consulta lo siguiente:}

(...) “Artículo 10. Contenido mínimo del documento que haga públicos los proyectos de regulación de carácter general, no tarifarios. Cuando se hagan públicos los proyectos de regulación de carácter general no tarifarios, se incluirán, por lo menos, los siguientes aspectos:

(...)

10.4 El término para la recepción de las observaciones, reparos o sugerencias no podrá ser menor a diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se haga público el proyecto de regulación. Este plazo podrá prorrogarse por solicitud de parte u oficiosamente.

(...)

Si bien la Resolución CREG 039 de 2017 prevé la posibilidad de establecer períodos de consulta menores, también lo es, que la Resolución CREG 039 estará contrariando un mandato de norma superior. En este orden sería oportuno que la Comisión, en este y otros proyectos normativos, regulatorios o no, se acogiera a estos tiempos.

RESPUESTA

Se reitera la respuesta sobre el término dado al proyecto de resolución.

COMENTARIO NO. 2

La anterior precisión se reitera para el cuerpo mismo de la resolución que se pone en consulta en la cual se leen iguales condiciones en los primeros artículos (artículos 1, 2 y 3), sobre el mismo aspecto, el artículo 4º de la resolución en consulta remite al artículo 8º de la Ley 1955 de 2019, refiriéndose a los sujetos pasivos de la contribución, no obstante, ese artículo dispone:

(...)

“ARTÍCULO 8o. MEDIDAS TENDIENTES A DINAMIZAR PROCESOS DE SANEAMIENTO AL INTERIOR DE LAS ÁREAS DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES. Para efectos del saneamiento y recuperación ambiental de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia (SPNN), Parques Nacionales Naturales de Colombia podrá adelantar las siguientes medidas:

1. Saneamiento automático: En los eventos en que el Estado adquiera inmuebles ubicados al interior de las áreas del SPNN por motivos de utilidad pública, operará el saneamiento automático de vicios en los títulos y la tradición, incluso los que surjan con posterioridad al proceso de adquisición. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que procedan según la ley.

El saneamiento automático de que trata este numeral, no aplicará respecto de los vicios que pudieran derivarse de la adquisición de inmuebles en territorios colectivos de comunidades étnicas, afrocolombianas o raizales.

2. Compra de mejoras: Parques Nacionales Naturales de Colombia u otra entidad pública podrán reconocer mejoras realizadas en predios al interior de las áreas del SPNN con posterioridad a la declaratoria del área protegida y anteriores al 30 de noviembre de 2016, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

Este reconocimiento solo aplica para las personas previamente caracterizadas que reúnan las siguientes condiciones: i) que no sean propietarios de tierras; ii) que se hallen en condiciones de vulnerabilidad o deriven directamente del uso de la tierra y de los recursos naturales su fuente básica de subsistencia; y iii) siempre y cuando las mejoras no estén asociadas a cultivos ilícitos, o a su procesamiento o comercialización, así como a actividades de extracción ilícita de minerales.

Para proceder al reconocimiento y pago de indemnizaciones o mejoras en los términos de este artículo, será necesario contar con la disponibilidad presupuestal correspondiente.”

(...)

6. No encontramos relación o vinculación del artículo mencionado anteriormente, con la contribución de regulación que nos convoca.

RESPUESTA

Efectivamente, se trata de un error de transcripción el artículo en cita corresponde al artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 se realizará el respectivo ajuste.

COMENTARIO NO. 3

La CREG tomó la decisión de alimentar el sistema de recaudo que se propone mediante el envío de comunicaciones directas a cada una de las 4400 Estaciones de Servicio, fundamentándose en el artículo 2.2.9.9.9 del Decreto 1082 de 2015, no obstante el mecanismo utilizando para tal fin, genera preocupación en la medida que es posible que queden estaciones por fuera del requerimiento y en consecuencia se puedan considerar como omisos, en tal virtud recomendamos (sic) para este tipo de fines, utilizar circulares o medios de difusión masivos que permitan acceso generalizado a la información.

RESPUESTA:

Al respecto se aclara que se tomó la información correspondiente a los agentes de la cadena activos en el SICOM, aplicada la excepción de que trata el numeral 4 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. Igualmente, fue habilitado en la página web, el acceso al formato de captura para aquellos regulados que estando en la obligación de reportar, no recibieran el requerimiento.

Si bien en la página web se realizó el anuncio y se dieron las indicaciones necesarias, la recomendación sobre el uso de circulares u otros medios masivos será tomada en cuenta para futuros requerimientos.

COMENTARIO NO. 4.

En los casos de no reporte o indisponibilidad de información, la CREG decide unilateralmente establecer el monto de la contribución (sic) en una suma de hasta 40 UVT's, no obstante no se sustenta este valor, solicitamos respetuosamente a la Comisión de conformidad con el artículo 42 del C.P.A.C.A. motivar debidamente este cálculo, ya que adicionalmente, la Resolución 234 no cuenta con documento soporte que la explique o ilustre técnicamente.

RESPUESTA:

Revisada la observación, se hará el ajuste.

COMENTARIO NO. 5

Respecto del pago del porcentaje (sic) de anticipo de la contribución, se evidencia un trato desigual entre los agentes pertenecientes a energía y gas quienes deben pagar un anticipo del 60% anticipado, frente a los agentes pertenecientes a combustibles líquidos que deben pagar el 100% de anticipo, en este sentido consideramos que esta decisión no se soporta o fundamenta debidamente en el cuerpo del acto administrativo.

RESPUESTA:

Se aclara que el pago del anticipo de la contribución anual se calcula con base en el 60% del valor de la contribución liquidada en la vigencia anterior para cada agente. En este sentido, para la vigencia 2020 esta disposición no resulta aplicable al sector de combustibles líquidos.

COMENTARIO NO. 6

Creemos que en lo referente a las “sanciones a que hubiere lugar” señaladas en el artículo 31 de la resolución que se propone, la Comisión debería especificarlas de manera más amplia y detallada ya que se dejan abiertas y los destinatarios de este tipo de actos deben conocer las implicaciones concretas (sic) que tendría el incumplimiento de esta obligación.

Respuesta:

Se aceptó la observación y se realizó el ajuste en el texto definitivo.

COMENTARIO NO. 7

Entendemos que la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional tiene efectos a futuro y no al pasado, sin embargo, consideramos que con el fin de guardar una coherencia mínima, la CREG se debería abstener de cobrar el año 2019 la contribución de regulación que ahora se propone, evitando confusiones y una conducta heterogénea en aspectos que requieren una línea de conducta constante, como lo son los tributarios.

RESPUESTA:

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIO NO. 8

Finalmente reiteramos nuestra solicitud de ampliación de plazo tanto para el reporte de la información solicitada a cada uno de las estaciones de servicio, como para el aporte de comentarios a la Resolución 234 de 2020 en consulta.

RESPUESTA:

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIOS RECIBIDOS POR GASNOVA

Dando alcance a la Resolución de la referencia en consulta, “Por la cual se ordena hacer público el proyecto de resolución “Por la cual se reglamenta el procedimiento para la presentación de la información

contable y financiera, el cálculo, la liquidación, el cobro, el recaudo y las acciones de fiscalización de la contribución especial a favor de la CREG para los sujetos pasivos definidos en el numeral 4 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994”. Respetuosamente consideramos importante insistir en que se dé aplicación inmediata al fallo emitido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-484/2020, donde declara inexecutable con efectos inmediatos el Art. 18 de la ley 1955 de 2019 y por tanto es procedente que la CREG de aplicación a la excepción de inconstitucionalidad establecida por el ordenamiento nacional, en el artículo 4° de la Constitución Política y en el artículo 148 del CPACA.

*Al respecto la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C-122 de 2011, determinó que: “La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4° de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad **en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la Ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.** De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto”.*

Tal y como detalla el artículo 4 de la C.P: La Constitución es norma de normas, y caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Esta excepción es aplicable en el cobro de la contribución especial porque ya la corte declaró su inconstitucionalidad, razón por la cual no es posible dar aplicación a un artículo inconstitucional.

En atención a ello, solicitamos acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-484 de 2020 y no aplicar el Art. 18 de la ley 1955 de 2019, ni el decreto reglamentario 1150 de 2020 emitido en desarrollo de esta disposición inconstitucional.

RESPUESTA:

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIOS RECIBIDOS POR COMCE Y FEDISPETROL

COMENTARIO NO. 1.

1. Ampliación del plazo para presentación de información para hacer comentarios a la resolución en comento Tanto para los comentarios a la resolución en discusión, así como para reportar la información económica requerida, el plazo dado a las estaciones de servicio ha sido no mayor a tres días hábiles. Un lapso muy corto para la época, tiempo en el que por la temporada de fin de año y de vacaciones la demanda por combustibles tiene un pico, el cual adquiere mayor relevancia en razón al proceso de reactivación de las ventas de diésel y gasolina, ambos mezclados con biocombustibles, después de las brutales caídas entre

marzo y septiembre período en el que los ingresos totales de este servicio público se redujeron en -4,2 billones de pesos. Solicitamos por eso que sea extendido el plazo para comentarios y, en especial, el dado para reportar información hasta el 31 de diciembre. Este último plazo podría ir hasta el 15 de enero del 2021. Esta consideración sería de buen recibo entre los distribuidores minoristas para quienes responder oportunamente los requerimientos de la CREG es un deber que hay que cumplir con rigor

RESPUESTA:

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIO NO. 2

2. El principal propósito debe ser la reactivación sostenible La venta de combustibles líquidos es un gran generador de ingresos para el Estado a través de los impuestos a la gasolina y al diésel, y de los recursos que genera Ecopetrol. Los distribuidores minoristas son el último eslabón de una cadena que transfiere recursos fundamentales a los gobiernos nacional y territoriales, sin embargo, esta operación se hace con márgenes de rentabilidad muy apretados que se resentirían con fuerza por este nuevo cobro impositivo – sobre el cual hay muchas dudas jurídicas por la declaratoria de inexigibilidad por parte de la Corte Constitucional–, y por los crecientes requisitos técnicos a la operación de las estaciones de servicio.

2 Esperamos que, si se llega a la etapa de determinar los montos a cobrar, que financiarían a la CREG, una entidad que goza del respaldo del Presupuesto General de la Nación, se haga teniendo como propósito principal más que el recaudo, la estabilización y reactivación sostenible de la venta de combustibles y de las empresas que la hacen, donde la inmensa mayoría son pequeñas y medianas empresas.

RESPUESTA:

Se aclara que efectivamente el cobro de contribución debe obedecer a los principios de legalidad y proporcionalidad. En tal razón se garantizarán los derechos de los destinatarios de la norma en todo momento.

COMENTARIO NO. 3

La constitucionalidad del cobro de la tasa contributiva y la pertinencia jurídica de la resolución Al validar el proyecto de resolución en referencia se observa como el fundamento jurídico de la contribución en referencia es el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, mediante el cual, tal como sostiene la parte considerativa de la resolución, que “el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 fue modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, con el fin de precisar algunos elementos de la contribución especial a favor de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), y por este medio contribuir a la modernización y fortalecimiento institucional de dichas Entidades.”

Aunque el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 establece la respectiva tasa, carece de los elementos mínimos para la determinación del tributo con lo cual omitió determinar aspectos centrales de todo tributo como lo son la base gravable, la tarifa, el hecho generador y demás. Con esta realidad la CREG estableció en el proyecto de resolución objeto de estudio en su parte considerativa que los “elementos del tributo constitutivos de la contribución especial a favor de la CREG son los determinados en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, y el Capítulo 9 del Título 9 de la Parte 2 del libro 2 del Decreto 1082 de 2015.” Es decir que cuando el proyecto de resolución utiliza en sus fundamentos lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, habla es de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019. Frente a este punto, establece el proyecto de resolución:

“La Corte Constitucional, por medio del comunicado de prensa de 19 de noviembre de 2020, informó que mediante la Sentencia C-484 de 2020 declaró inexecutable el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 de forma inmediata y con efectos a futuro y aclaró que se trata de una tasa contributiva anual. Por tanto, los efectos de la sentencia se deben surtir a partir de la siguiente anualidad, es decir del 2021. Así las cosas, es procedente la reglamentación, liquidación y cobro del tributo para la vigencia 2020.”

Significa entonces que el fundamento legal de la reglamentación en referencia es una norma que se encuentra excluida de mundo jurídico teniendo en cuenta lo dispuesto en la Sentencia C-484 de 2020, sin embargo, la interpretación brindada por la CREG es que los efectos de la sentencia se deben surtir a partir de la siguiente anualidad, es decir del 2021. La interpretación otorgada por la CREG a los efectos de la sentencia en referencia, son contrarios a la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, quien sobre los efectos temporales de las sentencias de inexecutable ha dispuesto, como lo hizo en Sentencia de Unificación 037 de 2019, que:

“5.5. Así las cosas, en la actualidad, por regla general y salvo que se indique expresamente algo diferente en el fallo, la declaratoria de inexecutable de una disposición tiene efectos hacia futuro (ex nunc) y esto, según lo ha explicado esta Corte, encuentra sustento en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican “la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico” mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal en una providencia con fuerza erga omnes, luego de surtirse un proceso de constitucionalidad abstracta.”

“5.6. En este orden de ideas, cuando esta Corporación declara la inexecutable de una norma sin retrotraer los efectos de su determinación, convalida de contera las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo entre el instante en el que entró en vigencia y la fecha de la sentencia, pues las actuaciones adelantadas en ese lapso, en principio, se reputan como legítimas por haber sido ejecutadas en consonancia con el derecho positivo vigente.”

En el caso se tiene que la Ley 1955 de 2019 fue publicada el día 25 de mayo de 2019 en el Diario Oficial 50.964, iniciando a partir de este momento a producir efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico colombiano. El artículo 18 de la mencionada norma otorgo la posibilidad para realizar el respectivo cargue de la información necesaria para realizar el cobro de la contribución objeto de análisis hasta el día 31 de julio de 2019.

En esta misma línea argumentativa, se advierte que si bien es cierto mediante la Sentencia C 464 de 2020 se declaró la inconstitucionalidad del referido artículo, la misma se dio con efectos diferidos, y después, en la Sentencia C484 de 2020 estableció de forma precisa que en lo relacionado con el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 que la inexigibilidad del artículo “surte efectos inmediatos y hacia futuro.”

La CREG tuvo la oportunidad para materializar la referida contribución, sin embargo, por una situación ajena a los administrados omitió realizarlo. En este sentido pretende en estos momentos, tal como se corrobora en los considerandos del proyecto de resolución, realizar un cobro de una contribución, frente al cual su fundamento legal es inexistente, teniendo en cuenta el comunicado de prensa de la Sentencia C 484 de 2020, el cual establece los efectos inmediatos de la declaratoria de constitucionalidad.

El proyecto de resolución en referencia carece de sustento legal, teniendo en cuenta que pretende generar efectos legales a una norma extraída del ordenamiento jurídico, situación contraria a los postulados constitucionales vigentes. Con lo expuesto presentamos nuestros comentarios al proyecto de resolución publicado el 22 de diciembre pasado. De antemano agradecemos la atención que merezca la presente.

RESPUESTA:

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIOS REALIZADOS POR EL GRUPO VANTI

Teniendo en cuenta lo expuesto en los considerandos de la resolución en consulta que señalan que: “(l)a Corte Constitucional, por medio del comunicado de prensa de 19 de noviembre de 2020, informó que mediante la Sentencia C-484 de 2020 declaró inexecutable el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 de forma inmediata y con efectos a futuro y aclaró que se trata de una tasa contributiva anual. Por tanto, los efectos de la sentencia se deben surtir a partir de la siguiente anualidad, es decir del 2021. Así las cosas, es procedente la reglamentación, liquidación y cobro del tributo para la vigencia 2020”, y en línea con los comentarios expuestos por el Grupo Vanti al proyecto de Resolución CREG 213 de 2020, por la cual se determina el porcentaje de la contribución especial que deben pagar las personas prestadoras del servicio de energía eléctrica, gas natural y gas licuado de petróleo (GLP), nos permitimos manifestarles lo siguiente.

De conformidad con jurisprudencia reiterada por parte de la Corte Constitucional, especialmente mediante sentencia T-832 de 2003, se encuentran las siguientes reglas de derecho:

- “8. La Constitución Política no regula expresamente los efectos de los fallos de constitucionalidad. Si lo hace, en cambio, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, pues en el artículo 45 dispone que “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 214 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. De acuerdo con esto, la regla general es que los fallos de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro, lo que no obsta para que la Corte profiera fallos de constitucionalidad condicionada de efectos temporales retroactivos o diferidos, si tal modulación resulta imprescindible para el cabal cumplimiento de su deber de defender la integridad de la Constitución.

Es importante destacar que en los comunicados de prensa que se conocen de la sentencia C-484 de 2020, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 sin que este fallo fuese condicionado en su aplicación en su parte resolutive.

“Entonces, una vez precisado que la fecha de una sentencia corresponde a aquella en que se adoptó la decisión en ella contenida, y no a aquella en que los magistrados suscriben su texto o los salvamentos o aclaraciones de voto, y teniendo en cuenta la índole de los fallos de constitucionalidad y sus efectos erga omnes y no inter partes, se logran elementos de juicio para determinar los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad: Cuando no se ha modulado el efecto del fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en ese caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexecutable y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria.”

La decisión fue tomada desde el 12 de noviembre de 2020, razón por la cual los efectos de esta sentencia se predicán desde esa fecha o, en el peor escenario, desde la fecha del comunicado de prensa, es decir, el 19 de noviembre de 2020.

Si en gracia de discusión se aceptara que los efectos de la sentencia, como señalan los considerandos del proyecto de Resolución, se surten desde 2021 –lo cual no está consignado en la parte resolutive de la sentencia–, lo cierto es que resulta irrelevante que la tasa contributiva sea de carácter anual, ya que hoy es inconstitucional y solo respetaría situaciones jurídicas consolidadas antes del fallo, lo cual no ocurre en este caso, ya que a la fecha del fallo ni siquiera existía una resolución CREG 213 de 2020 publicada.

En ese orden de ideas, si bien en el texto de resolución de consulta se hace referencia al artículo 85 de la Ley 142 de 1994, los considerandos de esta dejan entrever que la Comisión tiene una interpretación que jurídicamente no encontramos sustentada para la liquidación de la contribución de 2020. En el anexo de esta comunicación mencionamos cinco aspectos jurídicos a ser contemplados. Con base en lo mencionado, invitamos a la Comisión a proferir la resolución definitiva del proyecto CREG 234 de 2020 en primer lugar, y posteriormente se determine la tarifa de contribución especial con base en la base gravable original y hoy vigente del artículo 85 de la Ley 142/1994 y se expida la resolución definitiva.

Solicitud:

Las empresas del grupo Vanti solicitan respetuosamente que la Resolución que se expida para fijar los parámetros de la Contribución Especial establecida en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994 sea creada bajo lo consagrado y ordenado en la Sentencia C-484-20 de la Corte Constitucional y en cumplimiento de los artículos 4, 363 y 338 de la Constitución Política de Colombia.

Lo anterior, en aras de aplicar los principios de economía procesal, eficiencia y celeridad, con el ánimo de colaborar activamente en el proceso de la expedición de la normatividad que nos ocupa; así mismo, con

base en el fallo proferido por la Corte Constitucional, cuyos efectos son inmediatos y decreta la inexequibilidad inmediata de la norma.

RESPUESTA:

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.

COMENTARIOS RECIBIDOS POR ISAGEN

El proyecto de norma señala lo siguiente:

Los elementos del tributo constitutivos de la contribución especial a favor de la CREG son los determinados en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019, y el Capítulo 9 del Título 9 de la Parte 2 del libro 2 del Decreto 1082 de 2015.

*Dentro de los elementos del tributo se encuentra, entre otros, la base gravable, tal como lo está planteando el proyecto, la base se liquidará con la modificación de la ley 1955 de 2019. Al respecto se debe indicar que la base no puede ser liquidada tal como se presenta en el proyecto de norma porque las sentencias de la Corte Constitucional 464 y 484 de 2020 al referirse a la inexequibilidad de los artículos 18 y 314 de la ley 1955 de 2019 y particularmente a los efectos de las sentencias, dispuso que eran **inmediatos y a futuro**, eso significa que la contribución de 2020 y años posteriores no puede ser liquidada tomando como base la modificación introducida al artículo 85 de la ley 142 de 1994.*

Ahora, la Corte Constitucional también ha señalado en el comunicado 49 del 19 de noviembre de este año, al referirse a la sentencia 484 de noviembre de 2020, lo siguiente:

*“En virtud de lo expuesto, la Sala Plena declaró la inexequibilidad de todo el artículo 18 demandado (salvo el numeral 4° parcial) de forma inmediata y con efectos a futuro, sin necesidad de modular sus efectos. Señaló la Corte que no se veía la necesidad de proceder con dicha modulación, al no encontrarse en el marco de los supuestos que conllevan a la necesidad de diferir los efectos en el tiempo. Asimismo, indicó que la tasa contributiva a la que alude la disposición demandada se recauda de forma anual, y **que los sujetos activos del tributo no se encuentran en un escenario incierto, ya que, ante la declaratoria de inexequibilidad de la modificación de la norma, se impone la consecuencia lógica de la plena vigencia del contenido normativo contenido en el artículo 85 de la Ley 142 de 1994**”.* (resaltos propios)

Como se puede observar, la Corte ha entendido que se ha presentado la reviviscencia de la norma, es decir, que la base para la liquidación de la contribución debe calcularse con los parámetros contenidos en el artículo 85 de la ley 142 de 1994 sin la reforma introducida por el artículo 18 de la ley 1955 de 2019, es decir, como se venía liquidando hasta el año 2019, se reitera entonces, se debe liquidar la contribución con los criterios de la norma revivida (artículo 85 de la ley 142 de 1994), es decir, con la base establecida antes de la modificación de la ley 1955 de 2019.

De otro lado, el proyecto de norma al referirse a la sentencia (484) aludida indica lo siguiente:

*La Corte Constitucional, por medio del comunicado de prensa de 19 de noviembre de 2020, informó que mediante la Sentencia C-484 de 2020 declaró inexecutable el artículo 18 de la Ley 1955 de 2019 **de forma inmediata y con efectos a futuro** y aclaró que se trata de una tasa contributiva anual. Por tanto, los efectos de la sentencia se deben surtir a partir de la siguiente anualidad, es decir del 2021. Así las cosas, es procedente la reglamentación, liquidación y cobro del tributo para la vigencia 2020.*

*Sobre este punto es necesario señalar que el efecto de **inmediatés** del que habla la sentencia de la Corte Constitucional tiene incidencia sobre la contribución del año 2020 de no ser así se estaría dando solamente alcance al efecto a futuro. El efecto de inmediatez no tiene otra vigencia distinta a la del año en que se profiere la sentencia, esto es, el 2020, se reitera, de no ser así el efecto que se estaría aplicando es el de futuro desconociendo el de inmediatez.*

*No sobra advertir que el efecto de periodo anual expuesto por la entidad no puede ser aplicado en el caso de la sentencia porque es un principio constitucional que se debe aplicar es en el proceso legislativo, así lo establece el artículo 338 de la Constitución Política al establecer: “Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, **no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley,**... Así pues, el efecto de periodo invocado pro la entidad no se extiende a los efectos (inmediato y futuro) de la sentencia de la Corte Constitucional 484 de 2020, se insiste, porque estos efectos solo aplican al proceso legislativo.*

Así las cosas, liquidar la contribución del año 2020 con la base del artículo 18 de la ley 1955 de 2019, es incurrir en una ilegalidad, lo que innegablemente devendrá en una nulidad de la norma, sin dejar de lado un posible fraude a resolución judicial porque se está desconociendo el efecto inmediato de la sentencia 484 de la Corte Constitucional.

RESPUESTA

Se reitera el pronunciamiento ya emitido por la CREG.