



Ministerio de Minas y Energía

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS -CREG-

RESOLUCIÓN No. 256 DE 2016

(26 DIC. 2016)

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

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,

CONSIDERANDO:

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 CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A. 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-2016-013769 y E-2016-013772 del quince (15) de diciembre de 2016., el Apoderado General de la empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

E.S.P. S.A presentó recurso de reposición contra la resolución CREG-188 de 2016;

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:

“...Conforme a lo anterior resulta claro que la CREG no puede incluir la siguiente cuenta al determinar la base gravable de la contribución:

Cuenta	Nombre de la cuenta	Valor (Miles de pesos)
53	Provisiones, amortizaciones y depreciaciones	12,925,223
	Deterioro de cuentas por cobrar	1,961,363
	Provisión para contingencias	7,931,374
	Contratos de Aprendizaje	821,893
	Depreciación de propiedades, planta y equipo	2,010,747
	Amortización de Intangibles	199,846

Se anexa nota 23 de revelaciones a los estados financieros periodo 2015 en donde se detalla

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

los gastos correspondientes al grupo 53.

Se concluye que al desconocer la CREG el alcance de la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, se está aumentando la base gravable para la determinación de la contribución en \$12.925.222.895 y como consecuencia de ello se liquidó un mayor valor de la contribución de \$107.195.336 diferencia ésta que ahora se recurre, siempre que el porcentaje aplicado por la CREG para la liquidación de la contribución vigencia 2016 para CENS corresponda al 0.82935%.

A continuación, se ilustra la diferencia planteada en el presente recurso, determinándose la base gravable y la contribución liquidada por la CREG y la base gravable y la contribución que se debieron liquidar, para indicar la diferencia que debe excluirse:

LIQUIDACION	ENERGIA	
	BASE	CONTRIBUCIÓN
SEGÚN CREG	67.457.671.000	559.460.194
SEGÚN JURISPRUDENCIA C. DE E. Y PAR. 2° ART. 85 LEY 142/1994	54.532.448.105	**452.264.858
DIFERENCIA A EXCLUIR	12.925.222.895	**107.195.336

Liquidado por CENS teniendo como base el 0.82935%

Para soportar aún más nuestros argumentos, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Resolución No. SSPD 20165300061545 del 2 de noviembre de 2015, de la Dirección Financiera resolvió el recurso de reposición presentado por CENS contra la liquidación Oficial SSPD 20165340035136 de fecha 9 de septiembre de 2016, correspondiente a la contribución especial año 2016, modificándola parcialmente en el sentido de excluir del cálculo las cuentas que hacen referencia a Provisiones, Amortizaciones y Depreciaciones. **Se anexa Resolución No. SSPD 20165000062855 del 15 de noviembre de 2018, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación.**

De otra parte, en los considerandos de la Resolución 188 de 2016 se señala que la liquidación del monto de la contribución se aplicó con sujeción a las disposiciones legales contenidas en los artículos 85 de la Ley 142 de 1994 y 22 de la Ley 143 de 1994 así como los artículos 21 y 22 de la Resolución CREG No.072 de 2014, sin embargo, en el artículo primero de dicha resolución, se relaciona el monto de la contribución que deberá pagar CENS en el año 2016, liquidación que se calculó teniendo en cuenta una base gravable cuyos valores incluye cuentas del grupo 51 “Gastos de Administración” y del grupo 53 “Provisiones, amortizaciones y depreciaciones”.

Nótese entonces que el acto administrativo proferido por la CREG no guarda congruencia entre lo señalado en la parte considerativa y lo decidido en la parte resolutive, en cuanto en la primera enuncia las disposiciones legales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la contribución especial, pero en la segunda se incluyen valores de cuentas que no conforman la base en la liquidación de la contribución especial.

Este vicio de la falta de congruencia conduce necesariamente a la violación de los principios del derecho de defensa y del debido proceso, pilares de la Constitución Política”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CREG

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

Sean excluidas las cuentas del Grupo 53 “Provisiones, Amortizaciones y Depreciaciones” Por lo tanto, deberá excluirse de la base gravable la suma de \$12.925.222.895 y en consecuencia se determine un menor valor a pagar por la Contribución Especial de \$107.195.336, siempre que el porcentaje aplicado por la CREG para la liquidación de la contribución vigencia 2016 para CENS corresponda al 0.82935%

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

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 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 empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A., 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:

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.

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

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 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

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

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 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 oportunamente 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

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

pertenecer a este grupo, así como el cronograma de aplicación de marco normativo internacional (NIIF PLENAS), el cual estableció como periodo de aplicación el año 2015, por lo tanto, los primeros estados financieros de la empresas clasificados en este grupo son con corte a 31 de diciembre de 2015, como es el caso de CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A.

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, la cual también quedó sustentada en los actos administrativos expedidos por la Superintendencia.

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.

Es así como revisadas las pruebas aportadas por el recurrente se observa que el reporte se realizó 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 la CREG tomaba como base para liquidar la contribución los gastos de administración, acudía únicamente a las cuentas del Grupo 51, pero en este periodo, 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) procedió esta Superintendencia a verificar las notas de los estados financieros del prestador, encontrando que efectivamente se, reporto 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 de la base gravable establecida en la Resolución 188 de 2016, correspondiente a la contribución especial año 2016, a cargo de la empresa CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A., 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 CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A., corresponde al valor de CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCO PESOS (\$54.532.448.105.00) M/cte y el valor correspondiente a pagar por concepto de contribución asciende a la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$452,264,858.00) 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.

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 CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A., con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la Resolución CREG 188 de 2016

Parágrafo: En consecuencia de lo anterior, el valor a pagar por parte de CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A., corresponde a la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$452,264,858.00) 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 CENTRALES ELECTRICAS DEL NORTE DE SANTANDER E.S.P. S.A., 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 CÚMPLASE

26 DIC. 2016

Dada en Bogotá D.C, a


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


GERMÁN CASTRO FERREIRA
Director Ejecutivo