

Bogotá, D.C.,

COMISION DE REGULACION DE ENERGIA Y GAS (CREG)
RADICADO : S-2021-004437 12/Oct/2021
No.REFERENCIA: E-2021-010369
MEDIO: CORREO No. FOLIO: 27 ANEXO: SI
DESTINO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
Para Respuesta o Adicionales Cite No. de Radicación

Señora Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Cuarta Subsección B
E. S. D.
Scs04sb03tadmincdm@notificacionesrj.gov.co

Ref.: Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00
Demandante: Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. -CHEC S.A. E.S.P.-
Demandado: Nación -Ministerio de Minas y Energía - Comisión de Regulación de Energía y Gas.

JUAN CAMILO CELY CASTRO, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi condición de apoderado del Ministerio de Minas y Energía, Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, en ejercicio del poder a mi conferido, el cual obra en el expediente, contesto la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la Empresa Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. -CHEC S.A. E.S.P.-, en los siguientes términos:

I. SOBRE LAS PARTES

1. PARTE DEMANDANTE

Actúa como demandante, la Empresa Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. -CHEC S.A. E.S.P.- a través de su apoderada.

2. PARTE DEMANDADA.

Es demandada en este proceso la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, entidad que profirió los actos demandados.

En el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, el presidente de la República delega en las Comisiones de Regulación, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

2 / 27

Determinó en su artículo 69 *ibídem* su organización y naturaleza, como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial adscritas al respectivo ministerio, que, para el caso, corresponde al Ministerio de Minas y Energía.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, es un cuerpo colegiado, cuya estructura fue modificada a través de la Ley 2099 de 2021, integrado por, el Ministro de Minas y Energía, quien la preside; por el Ministro de Hacienda y Crédito Público; por el Director Nacional de Planeación; y por seis Expertos Comisionados, de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República. El Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios participa con voz, pero sin voto en los temas que son de su competencia.

Las Leyes 142, artículos 69, 73 y 74 y, 143, artículos 20 y 23, ambas de 1994, le asignaron a la CREG, la función de regular, entre otros servicios públicos, el de energía eléctrica.

Las decisiones de la CREG, en ejercicio de la función regulatoria atribuida por las mencionadas leyes, se materializan a través de normas de carácter general, mixto o particular, como lo define la Ley 142 de 1994, artículo 14.28, que tienen la naturaleza de actos administrativos. La norma en mención dispuso:

“ARTICULO 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.18.- Regulación de los servicios públicos domiciliarios. La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”.

II. LOS ACTOS DEMANDADOS

- Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 (Número Radicación CREG E-2020-000213) el cual no existe toda vez que el acto es I-2020-000123
 - la Resolución CREG 082 de 2020 mediante las cuales las CREG liquidó y confirmó la liquidación de la contribución especial a cargo de CHEC por la vigencia 2019
1. EL CONTENIDO DEL ACTO DEMANDADO (Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 (Número Radicación CREG E-2020-000123)



Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

3 / 27

La liquidación Oficial con radicado CREG I-2020-00123 fija la contribución especial para 2019, así:

NIT	RAZÓN SOCIAL	SECTOR	VALOR DE LA CONTRIBUCION
8908001286	CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P.	ENERGÍA	\$635.544.827

2. EL CONTENIDO DEL ACTO DEMANDADO (RESOLUCIÓN CREG 82 DE 2020)

La Resolución CREG 82 de 2020 resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Empresa Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. -CHEC S.A. E.S.P-, en contra de la liquidación de la contribución especial para la empresa CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P. En su parte resolutive CONFIRMA en su totalidad la liquidación oficial de la contribución de la empresa CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P., Radicado CREG I-2020-000123 del 10 de enero de 2020, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

III. A LOS HECHOS

1. Es cierto que La CREG expidió la Resolución CREG 197 del 2019 y el documento CREG 118 del mismo año, a través de los cuales se fija la tarifa de la contribución especial que deben pagar las entidades sometidas a la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas
2. Es cierto que la CREG a través de acto administrativo liquidó la contribución de 2019 a cargo de CHEC S.A E.S.P., por un valor de \$635.544.827, dicho acto administrativo fue notificado por correo electrónico, el día 15 de enero de 2020, pero se precisa que este acto administrativo no corresponde al radicado CREG E-2020-000213, sino al radicado I-2020-00123. Así mismo, es cierto que CHEC S.A ESP presentó recurso de reposición en contra de la liquidación de la contribución, solicitando la exclusión de \$304.869.317 del valor a pagar por concepto de contribución especial de la vigencia 2019.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

4 / 27

3. Es cierto que la CREG resolvió el recurso de reposición interpuesto por CHEC mediante Resolución CREG 082 del 2020, la cual fue notificada a CHEC por correo electrónico el día 14 de agosto de 2020.
4. Es cierto que CHEC pagó a la CREG el anticipo de la contribución especial del año 2019, por valor de \$233.519.007, un segundo pago en cuantía de \$254.217.931 y un último, por valor de \$147.807.889, dentro del término señalado en la resolución CREG 082 de 2020 mediante la cual se resolvió el recurso interpuesto contra la liquidación oficial

IV. A LAS PRETENSIONES

Me opongo a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respetuosamente solicito a la Honorable Magistrada que las niegue y, condene a la demandante en las costas a que hubiere lugar.

V. A LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La apoderada de la empresa CHEC S.A. E.S.P. plantea como violadas las siguientes normas: i) artículo 338 de la Constitución Nacional, ii) artículo 22 de la Ley 143 de 1994, iii) artículo 85 de la Ley 142 de 1994, iv) artículo 54 del Decreto 111 de 1996, v) artículo 18 del Decreto 2641 de 1999 y, vi) artículos 21 y 24 de la Resolución CREG 039 de 2017.

La legalidad de los actos administrativos demandados, resoluciones Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 y Resolución 85 de 2020, se demostrará a partir de la confrontación de cada una de las mencionadas normas con su contenido.

Para ello se analizarán los argumentos desarrollados en el concepto de violación, los cuales fueron denominados de la siguiente manera:

- a. Interpretación errónea de los artículos 18 del Decreto 2461 de 1999 y 21 de la Resolución CREG 039 de 2017.
- b. Aplicación indebida del párrafo 2 del artículo 85 de la ley 142 de 1994. Violación de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2461 de 1999, en el artículo 21 y 24 de la

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

5 / 27

Resolución CREG 039 de 2017, en el artículo 22 de Ley 143 de 1994 y del artículo 338 de la Constitución Política de Colombia.

- c. Indebida aplicación del párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. La CREG no justificó, ni explicó, porque tiene un faltante presupuestal.
- d. Falta de aplicación del artículo 54 del Decreto 111 de 1996. La CREG no tiene competencia para definir como cubre sus faltantes presupuestales.
- e. Falta de Motivación. La CREG no explicó la forma como realizó la liquidación de la contribución, no identificó las cuentas que utilizó para incrementar la base gravable de la misma, ni el porcentaje que utilizó para distribuir el supuesto faltante presupuestal.

En primer lugar, se advierte que los argumentos planteados por la demandante están dirigidos a controvertir los fundamentos de la decisión contenida en la Resolución CREG 197 de 2019, pues es esta resolución la fija la tarifa de la contribución especial para la vigencia 2019 y la que establece que la misma será del 1% del valor de los gastos de funcionamiento y costos de la entidad sujeta a regulación. Esta norma no es objeto de control judicial en este proceso, dado que la demanda está dirigida contra las resoluciones Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 y Resolución 85 de 2020.

En segundo lugar, se observa que las tesis descritas en los literales anteriores, a pesar de estar planteados de manera independiente, están relacionados entre sí, por ello se procederán a analizar de manera integral, precisando a partir de la totalidad de los aspectos que allí se plantean que no existe la falta de motivación alegada por el demandante en los actos demandados.

1. Etapas para definir la contribución que deben pagar las empresas reguladas.

1.1. Presupuesto.

La CREG es una de las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación (PGN), Unidad 21-01-13, ejecutora del Presupuesto General de la Nación – PGN, y hace parte de la sección 2101 – Ministerio de Minas y Energía, por lo cual la proyección de recursos que hace anualmente debe estar ceñida a los criterios para la programación de cada vigencia fiscal, atendiendo las proyecciones económicas del país y las orientaciones de política del Gobierno Nacional, en coordinación con el Ministerio de Minas y Energía, como cabeza del sector administrativo al cual pertenece.



Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

6 / 27

Es por ello que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público -MHCP-, expide cada año una Circular Externa que contiene los criterios y procedimientos que deben seguir todas las entidades que conforman el PGN durante el proceso de programación presupuestal, señalando entre otros aspectos: i) las disposiciones legales de austeridad para la adquisición de bienes y servicios; ii) la proyección de gastos de personal sin exceder la meta de inflación y el incremento concertado por el Gobierno Nacional para funcionarios públicos y iii) los techos indicativos de gastos de funcionamiento e inversión incluidos en el Marco de Gasto de Mediano Plazo (MGMP) para cada año.

De otra parte, dentro del proceso de programación presupuestal, la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional -DGCPTN- del MHCP y la Dirección de Inversión y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación -DNP- realizan reuniones por cada sector administrativo, donde participan todas las entidades que lo conforman, para efectuar una revisión técnica sobre las proyecciones del presupuesto y sus variaciones con relación al marco de gasto de mediano plazo y las directrices establecidas por el MHCP.

En caso de requerirse, las entidades deben ajustar sus proyecciones de acuerdo con las conclusiones derivadas de las reuniones, para luego presentar la información al Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), previo concepto del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS).

De acuerdo con este procedimiento, son estas las instancias ante las cuales la CREG presenta, propone y somete a aprobación su presupuesto y la correspondiente conformación dependiendo de las actividades reguladas y es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el encargado de efectuar el seguimiento correspondiente al presupuesto de las Entidades, por intermedio de la Dirección de Presupuesto.

De manera que, las entidades que son sujetos activos de las contribuciones especiales, como lo es la Comisión de Regulación de Energía y Gas, **no les es posible imponer un crecimiento desproporcionado de su presupuesto**, toda vez que su definición está totalmente reglada.

Además, el presupuesto de las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional lo define por ley, anualmente, el Congreso de la República, la cual para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2019 correspondió a la Ley 1940 del 26 de noviembre de 2018.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

7 / 27

Posteriormente, a través del Decreto 2467 del 27 de diciembre 28 de 2018, se liquidó el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2019, asignando a la CREG lo siguiente:

NOMENCLATURA	CONCEPTO	RECURSO-CSF	RECURSO-SSF	TOTAL, RECURSOS
A	GASTOS DE FUNCIONAMIENTO	4.215.734.000,00	18.809.960.300,00	23.025.694.300,00
A-01	GASTOS DE PERSONAL	3.049.000.000,00	12.038.000.000,00	15.087.000.000,00
A-02	ADQUISICION DE BIENES Y SERVICIOS	1.141.500.000,00	2.273.025.000,00	3.414.525.000,00
A-03	TRANSFERENCIAS CORRIENTES	8.000.000,00	4.382.000.000,00	4.390.000.000,00
A-08	GASTOS POR TRIBUTOS, MULTAS, SANCIONES E INTERESES DE MORA	17.234.000,00	116.935.300,00	134.169.300,00
C	INVERSION	2.108.000.000,00	13.217.000.000,00	15.325.000.000,00
2199-1900-4	MEJORAMIENTO Y MODERNIZACION DE LAS TIC'S DE LA CREG A NIVEL NACIONAL.	400.000.000,00	4.450.000.000,00	4.850.000.000,00
2199-1900-1	FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL A PARTIR DEL APRENDIZAJE ORGANIZACIONAL A NIVEL NACIONAL.	-	370.000.000,00	370.000.000,00
2106-1900-5	ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO REGULATORIO DE LOS SECTORES DE ENERGIA ELECTRICA, GAS COMBUSTIBLE Y COMBUSTIBLES LIQUIDOS A NIVEL NACIONAL.	1.708.000.000,00	7.955.000.000,00	9.663.000.000,00
2106-1900-4	DIVULGACION DE LA REGULACION A LA CIUDADANIA A NIVEL NACIONAL.	-	442.000.000,00	442.000.000,00
TOTAL PRESUPUESTO 2019		6.323.734.000,00	32.026.960.300,00	38.350.694.300,00

A partir de lo expuesto, es claro que **el presupuesto** de las entidades de la rama ejecutiva del Poder Público, dentro de las cuales se encuentra la Comisión de Regulación de Energía y Gas, es **definido** a través de Ley **-Ley 1940 del 28 de noviembre de 2018-** y liquidado mediante Decreto **-Decreto 2667 del 28 de diciembre de 2018, para la vigencia fiscal de 2019.**

En tal sentido, solo es posible para la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG a partir de lo definido en la Ley de presupuesto para la vigencia 2019 y en el decreto de liquidación de

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

8 / 27

presupuesto establecer la contribución de regulación para efectos de recuperar los costos del servicio de regulación.

En relación a la objeción que hace la demandante en el sentido de que se deben tomar para la definición de la tarifa sólo los gastos de funcionamiento y excluir los de inversión, hacemos observar que los proyectos de inversión incluidos en el presupuesto general no están orientados a la adquisición de bienes de capital para aumentar el capital de la CREG, sino a la adquisición de bienes y servicios para cumplir en forma eficiente, oportuna, imparcial, transparente y pública las funciones de regulación de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible.

Es decir, los proyectos de inversión aprobados por el Departamento Nacional de Planeación e incorporados en el presupuesto de gastos de la vigencia fiscal 2019 constituyen un costo del servicio de regulación que debe ser recuperado con la contribución especial creada por el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, **única** fuente de financiación de las actividades de regulación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible y sus actividades complementarias.

Como puede observarse en la descripción de los proyectos de inversión relacionados arriba y más detalladamente en las fichas técnicas de dichos proyectos, estos están destinados a la modernización de la tecnología de la información y las comunicaciones, software y hardware para el desarrollo de las actividades misionales y administrativas del regulador; a la capacitación de talento humano de la CREG para responder de forma más eficaz y eficiente a las complejas actividades del ejercicio regulatorio; a la contratación de estudios de consultoría para seleccionar las mejores alternativas regulatorias y fundamentar técnicamente las decisiones de la Comisión; y a la difusión de las actividades regulatorias, incluidos los mecanismos de participación ciudadana en la toma de las decisiones regulatorias y la rendición de cuentas.

Es claro el artículo 85 de la ley 142 de 1994 al definir como fin de las contribuciones especiales el de “recuperar los **costos del servicio de regulación** que preste cada comisión”. Para tal efecto, la ley autoriza a las comisiones para presupuestar sus gastos cada año y, de conformidad con las normas presupuestarias, el presupuesto de gastos está conformado por gastos de funcionamiento e inversión. También es claro que el componente de inversión que se financia con la contribución debe corresponder, como en efecto correspondió en el año 2019, a la adquisición de bienes y servicios necesarios para cumplir la función de regulación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, es decir que son costos del servicio de regulación y no a otro tipo de inversiones. (negritas fuera de texto)

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

9 / 27

Es oportuno aclarar que el proyecto 2106-1900-3 correspondiente a combustibles líquidos se financia con recursos aportados por la Nación, por ello están marcados como recursos 10, así como parte de los gastos de funcionamiento.

En conclusión, no le asiste razón a la demandante cuando argumenta que los montos de los proyectos de inversión aprobados en el presupuesto de gastos de la CREG no forman parte del costo que deben financiar los agentes regulados como parte de los costos del servicio de regulación según el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, haciendo una interpretación de las disposiciones del Decreto 2461 de 1999 y la Resolución CREG 039 de 2017 desconectada de las normas superiores que le sirven de fundamento y de la finalidad de estas disposiciones.

1.2. Ingresos

Los ingresos que recibe la Comisión provienen de dos fuentes de recursos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. El primer recurso es situado por la Dirección del Tesoro Nacional y, el segundo proviene del recaudo del tributo de contribución especial a cargo de los regulados del mercado de energía y gas.

La primera fuente de recurso situado por el tesoro nacional son recaudos de ingresos corrientes de la nación y son destinados para la regulación del mercado de combustibles líquidos, los cuales son administrados por la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La segunda fuente de recursos son tributados directamente por las empresas reguladas del sector de energía y gas, provenientes del recaudo de un gravamen parafiscal, establecido como contribución especial de regulación, a cargo de las empresas reguladas y administrados por una entidad fiduciaria vigilada por la Superintendencia Financiera, a través de una fiducia mercantil, mecanismo diseñado y establecido por el legislador, ordenado en el artículo 21 de la Ley 143 de 1994, que, en su cuarto inciso, dispone:

“... La Comisión manejará sus recursos presupuestales y operará a través del contrato de fiducia mercantil, que celebrará el Ministerio de Minas y Energía con una entidad fiduciaria, el cual se someterá a las normas del derecho privado. Estas disposiciones regirán, igualmente, los actos que se realicen en desarrollo del respectivo contrato de fiducia...”

Sobre esta segunda fuente de recursos, los artículos 85 de la Ley 142 de 1994 y 22 de la Ley 143 de 1994, establecen la contribución de regulación **para efectos de recuperar los costos del servicio de regulación atribuido a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG**, cuya tarifa máxima no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

10 / 27

funcionamiento de la entidad contribuyente, con exclusión de los factores señalados en las Leyes 142 y 143 de 1994.

2. Definición del porcentaje y valor de la contribución

A partir del marco legal expuesto, la Comisión a través de la Resolución CREG 181 del 11 de diciembre de 2019, publicó un proyecto de resolución de carácter general a través del cual se señaló el porcentaje de la contribución que debían pagar las entidades sometidas a la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el año 2019, destacándose del artículo 2 de la consulta lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. Invitar a los regulados, para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la presente resolución en la página Web de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, remitan sus observaciones o sugerencias sobre la propuesta de resolución.”

Posteriormente, mediante la Resolución CREG 197 del 26 de diciembre de 2019 (resolución definitiva), la cual no es objeto de la presente demanda, la Comisión, luego de analizar los comentarios realizados por los interesados, en su artículo 1 señaló el porcentaje de contribución especial que debían pagar las entidades sujetas a regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en el año 2019, en el 1% del valor de los gastos de administración de la entidad sujeta a regulación, con exclusión de los factores establecidos en la ley y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como los gastos operativos que sean necesarios para cubrir los faltantes presupuestales de la CREG, permitidos en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

En sus considerandos se destaca que en el artículo 1 de la Resolución SSPD No. 20191000021765 del 10 de julio de 2019 publicada en el Diario Oficial No. 51.012 del 12 de julio de 2019, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD “determinó el número de prestadores de servicios públicos domiciliarios que servirá de base para realizar el cálculo de la tarifa de la Contribución Especial 2019”.

Igualmente menciona que, según lo dispuesto en los artículos 53 y 79.4 de la Ley 142 de 1994 y artículo 14 de la Ley 689 de 2001, corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, establecer, administrar, mantener y operar el Sistema Único de Información – SUI, como sistema oficial del sector de servicios públicos domiciliarios del país que recoge, almacena, procesa y publica información reportada por parte de las empresas y entidades territoriales prestadoras de servicios públicos.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

11 / 27

Precisa además 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.

Adicionalmente explica que, la CREG realizó los análisis necesarios a efectos de establecer el monto de la tarifa y la base gravable de la Contribución Especial correspondiente a la vigencia 2019, relacionando la evolución normativa de la Ley 1314 de 2009, las bases gravables reportadas que justifican el uso del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 y los estudios técnicos para determinar las erogaciones que corresponden a los gastos operativos señalados en dicho parágrafo, contenidos en el Documento CREG 127 del 26 de diciembre de 2019, que soporta la propuesta de asignación de porcentaje de contribución que deben pagar las entidades sometidas a la regulación de la CREG para el año 2019.

Posteriormente, mediante el radicado I-2020-000123 del 10 de enero de 2020, se señaló el valor de la contribución que debe pagar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG- la empresa Central Hidroeléctrica de Caldas S.A (CHEC) por el año 2019, aplicando la tarifa fijada mediante la Resolución CREG 197 de 2019, que no es objeto de la demanda.

En su parte motiva, se subraya “(...) el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, el artículo 22 de la Ley 143 de 1994 y el numeral 18 del artículo 8 del Decreto 1260 de 2013, facultan a la CREG para liquidar y cobrar anualmente una contribución a las entidades sometidas a su ámbito de regulación para recuperar los costos en que incurre, con una tarifa máxima del uno por ciento (1%) sobre el valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio en el que se ejercen las facultades descritas, el cual podrá ser adicionado con los gastos operativos (costos), en la misma proporción en que sean indispensable para cubrir los faltantes presupuestales de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994. (...)”

En resumen, la Comisión se pronunció de la siguiente forma:

- ✚ Resolución CREG 181 del 11 de diciembre de 2019, somete a consulta pública el proyecto de resolución que estable el porcentaje de la contribución especial que deben pagar las entidades sometidas a la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el año, en el 1% del valor de los gastos administración de la entidad sujeta a regulación, con exclusión de los factores establecidos en la ley y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como los gastos operativos que sean necesarios para cubrir los faltantes

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

12 / 27

presupuestales de la CREG, permitidos en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

- ✚ Resolución CREG 197 del 26 de diciembre de 2019 (resolución definitiva), estable el porcentaje de la contribución especial que deben pagar las entidades sometidas a la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el año 2019, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley 142 de 1994, el cual es del 1% del valor de los gastos de administración de la entidad sujeta a regulación, con exclusión de los factores establecidos en la ley y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, así como los gastos operativos que sean necesarios para cubrir los faltantes presupuestales de la CREG, permitidos en el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.
- Radicado CREG I-2020-000123 contiene la Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 (Número por el año 2019, aplicando la tarifa fijada mediante la Resolución CREG 197 de 2019. Sin embargo, la apoderada de la parte accionante demanda acto administrativo con radicado CREG E-2020-000213 el cual es inexistente.
- Resolución 082 del 10 de julio de 2020, a través de la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. E.S.P., en contra de la liquidación oficial de la contribución especial a favor de la CREG.

3. Aplicación del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

3.1. Excepcionalidad establecida en la parte final del parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

El artículo 18 del Decreto 2461 de 1999 consagra: “Contribuciones especiales. Los gastos causados por la prestación del servicio de regulación encomendado a la Comisión serán sufragados por todas las entidades sometidas a su regulación mediante el pago de la contribución especial de que tratan el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, para el subsector de gas combustible; y el artículo 22 de la Ley 143 de 1994, para el subsector de energía eléctrica.

El cálculo de la suma de la contribución a cargo de cada contribuyente se hará teniendo en cuenta los gastos de funcionamiento de la Comisión en el período anual respectivo.”

El artículo 21 de la Resolución CREG 039 de 2017 establece: “Contribuciones especiales. Los gastos causados por la prestación del servicio de regulación encomendado a la Comisión serán sufragados

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

13 / 27

por todas las entidades sometidas a su regulación mediante el pago de la contribución especial de que tratan el artículo 85 de la Ley 142 de 1994, para el subsector de gas combustible; y el artículo 22 de la Ley 143 de 1994, para el subsector de energía eléctrica.

El cálculo de la suma de la contribución a cargo de cada contribuyente se hará teniendo en cuenta los gastos de funcionamiento de la Comisión en el período anual respectivo.”

A partir del contenido de las normas transcritas, la apoderada de la empresa demandante afirma que estas se vulneraron, cuando la Comisión decidió incluir en los cálculos de la contribución gastos de funcionamiento e inversión.

Al respecto, es preciso señalar que el artículo 85 de la Ley 142 de 1994¹, dispone lo siguiente: “Contribuciones especiales. **Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión**, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:

85.1. Para definir los costos de los servicios que presten las Comisiones y la Superintendencia, se tendrán en cuenta todos los gastos de funcionamiento, y la depreciación, amortización u obsolescencia de sus activos, en el período anual respectivo.

85.2. La superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que en seguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual.

La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

85.3. Si en algún momento las Comisiones de Regulación o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tuvieren excedentes, deberán transferirlos al Fondo Empresarial de que trata el presente artículo.

85.4. El cálculo de la suma a cargo de cada contribuyente, en cuanto a los costos de regulación, se hará teniendo en cuenta los costos de la comisión que regula el sector en el cual se desempeña; y el de los costos de vigilancia, atendiendo a los de la Superintendencia.

85.5. La liquidación y recaudo de las contribuciones correspondientes al servicio de regulación se efectuará por las comisiones respectivas y las correspondientes al servicio de inspección, control y vigilancia estarán a cargo de la Superintendencia.

¹ Vigente para la época.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

14 / 27

85.6. Una vez en firme las liquidaciones deberán ser canceladas dentro del mes siguiente. Se aplicará el mismo régimen de sanción por mora aplicable al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de las demás sanciones de que trata esta Ley.

Parágrafo 1°. Las Comisiones y la Superintendencia se financiarán exclusivamente con las contribuciones a las que se refiere este artículo y con la venta de sus publicaciones. Sin embargo, el gobierno incluirá en el presupuesto de la Nación apropiaciones suficientes para el funcionamiento de las Comisiones y de la Superintendencia durante los dos primeros años.

Parágrafo 2°. **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.**” (negrillas fuera del texto)

Así mismo, en el Documento CREG 105 de 2018 se señaló como antecedente jurisprudencial la providencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de fecha 10 de mayo de 2018, radicado: 11001-03- 27-000-2017-00012-00 (22972), Consejero Ponente: Milton Chaves García, demandante: Gestión Energética S.A. E.S.P., demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, donde se analiza, en primer lugar, si la Resolución SSPD-20161300032675 del 22 de agosto de 2016 que fijó la tarifa y la base de liquidación de la contribución especial para el año 2016 está viciada de nulidad por falta de motivación. De su contenido se destaca lo siguiente:

“(…)

Así, **ante la existencia del faltante presupuestal** para la vigencia 2016, **la SSPD aplicó el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994**, que **faculta a la entidad para incluir en la base gravable de la contribución especial a cargo de las empresas prestadoras de servicios públicos del sector eléctrico “los gastos operativos, las compras de electricidad, las compras de combustibles y los peajes”, en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir el faltante presupuestal de la Superintendencia.**

Además, **explicó** que para calcular la base gravable de gastos operativos necesaria para cubrir dicho **faltante**, sobre el total de los gastos operativos, que ascienden a \$27.681.775.331.954.00, se calculó la proporción necesaria que debe ser incluida en la base gravable de liquidación para cubrir el faltante presupuestal, cuyo resultado fue del 24.94% para los prestadores de servicios públicos sujetos a contribución especial.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

15 / 27

Contrario a lo sostenido por la actora, la resolución que fijó la tarifa de la contribución especial para la vigencia 2016 **contiene la motivación suficiente** que permite a los interesados ejercer el derecho de defensa y contradicción.

De otra parte, la actora alegó que el acto viola el principio de legalidad al incluir en la base gravable de la contribución especial rubros distintos y adicionales a los “gastos de funcionamiento” previstos en el artículo 85 numeral 85.2 inciso segundo de la Ley 142 de 1994 y que se desconocen los lineamientos jurisprudenciales, según los cuales las cuentas del Grupo 75-costos de producción y del Grupo 53 no pertenecen a la categoría de gastos de funcionamiento.

El artículo 85 de la Ley 142 de 1994 dispone lo siguiente:

Artículo 85. Contribuciones especiales. Con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente, las entidades sometidas a su regulación, control y vigilancia, estarán sujetas a dos contribuciones, que se liquidarán y pagarán cada año conforme a las siguientes reglas:

85.1. [...]

85.2. La superintendencia y las comisiones presupuestarán sus gastos cada año y cobrarán dentro de los límites que en seguida se señalan, solamente la tarifa que arroje el valor necesario para cubrir su presupuesto anual.

La tarifa máxima de cada contribución no podrá ser superior al uno por ciento (1%) del valor de los gastos de funcionamiento, asociados al servicio sometido a regulación, de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia y de las Comisiones, cada una de las cuales e independientemente y con base en su estudio fijarán la tarifa correspondiente.

85.3. [...].

Parágrafo 2o. 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.

El artículo 338 de la Constitución Política prevé que, si bien la creación de las tasas y contribuciones compete a las leyes, **estas normas pueden permitir que las tarifas de dichos tributos sean fijadas por las autoridades administrativas. Y que dichas tarifas deben cobrarse a los contribuyentes para recuperar los costos de los servicios que tales autoridades presten, si es una tasa, o como participación en los beneficios que les proporcionan, si se trata de una contribución.**

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

16 / 27

En virtud de la potestad impositiva otorgada por la Constitución Política, el legislador expidió la Ley 142 de 1994 [9]. **En el artículo 85 creó la contribución especial, con el fin de “recuperar los costos del servicio de regulación que preste cada comisión, y los de control y vigilancia que preste el Superintendente”.**

El artículo 85 de la Ley 142 de 1994 determina los elementos esenciales del tributo. El sujeto activo, la SSPD. El sujeto pasivo, las entidades sometidas a control y vigilancia, es decir, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios. El hecho generador, el servicio de control y vigilancia que presta la superintendencia a las vigiladas. La tarifa, que es máximo del 1%. Y la base gravable, que es el valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro (art. 85.2 inciso segundo).

El parágrafo 2 del artículo 85 de esta ley dispone la manera de conformar la base gravable, pues señala 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”.

No obstante, el parágrafo 2 del artículo 85, en la parte final, consagra una excepción a esta regla, al disponer que “Estos rubros [gastos operativos] podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia”.

Sobre el alcance del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, se reitera lo dicho por la Sala en el auto del 15 de junio de 2017 [2]. En esa oportunidad precisó:

“ 2.4. Para la Sala, la finalidad de la norma es que la contribución especial grave los gastos de funcionamiento cuando estos resulten suficientes para cubrir el presupuesto de la SSPD y, en los casos de faltantes presupuestales, además recaiga sobre las compras de energía de las empresas del sector eléctrico, para cubrir en la proporción necesaria el costo de servicio de dicha entidad”.
(Negritas fuera de texto).

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 [3] (ii) **conforme a la regla exceptiva, configurado el supuesto de hecho-el faltante**

² Auto que negó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada, decisión confirmada el 8 de agosto de 2017, dentro del proceso 2016-00065-00 (22873), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³ La Ley 143 de 1994 “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”, en el artículo 22, dispuso:” Los costos del servicio de regulación serán cubiertos

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

17 / 27

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.

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.

Lo anterior desvirtúa la alegada violación del principio de la legalidad, pues fue el legislador el que consagró expresamente la excepción a la norma general. Además, no se desconocen los lineamientos jurisprudenciales sobre el alcance de la expresión “gastos de funcionamiento” que constituye la regla general de determinación de la base gravable, en los que se reitera que las cuentas del grupo 75-costos de producción y del Grupo 53-Provisiones, agotamiento, depreciaciones y amortizaciones, no hacen parte de la base gravable de la contribución especial.

En efecto, en este caso la SSPD aduce la existencia de un faltante presupuestal que constituye el supuesto de hecho previsto en la ley como excepción a la regla general, que permite aplicar la regla contenida en la parte final del parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, situación distinta a las analizadas en esas oportunidades.” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Conforme lo expuesto, resulta pertinente destacar los siguientes aspectos que fundamentaron los hechos que dieron origen a las Resoluciones a) Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 (Número Radicación CREG E-2020-00021 b) Resolución CREG 082 de 2020 mediante las cuales las CREG liquidó y confirmó la liquidación de la contribución especial a cargo de CHEC por la vigencia 2019

- i) La tarifa de contribución puede ser fijada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
- ii) El artículo 85 de la Ley 142 de 1994, determina los elementos esenciales del tributo que son:
 - a. Sujeto Activo: Comisión de Regulación de Energía y Gas (Comisiones de Regulación)
 - b. Sujeto Pasivo: Entidades objeto de regulación por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

por todas las entidades sometidas a su regulación y el monto total de la contribución no podrá ser superior al 1% del valor de los gastos de funcionamiento excluyendo los gastos operativos, compras de electricidad, compras de combustibles y peajes, cuando hubiere lugar a ello, de la entidad regulada, incurrido el año anterior a aquel en que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia de Servicios Públicos y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.”

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

18 / 27

- c. Hecho generador: Servicio de regulación que presta la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
 - d. Tarifa: Máximo 1%
 - e. Base gravable: Valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro.
- iii) **En el párrafo 2 del artículo 85, en la parte final, se establece una excepción a la determinación de la base gravable al señalar que los gastos operativos podrán ser adicionados en la misma proporción en que sean indispensables para cubrir faltantes presupuestales de las comisiones y la superintendencia.**
- iv) **Existencia de faltante presupuestal**, fundamentado en los ajustes originados en los comentarios recibidos al proyecto de consulta.

Con base en lo expuesto, si bien el artículo 18 del Decreto 2451 de 1999 y el artículo 21 de la Resolución CREG 039 de 1997, establecen que el cálculo de la contribución se hará teniendo en cuenta los gastos de funcionamiento, no es posible desligar del análisis, como lo pretende la demandante, la excepcionalidad que también contiene el párrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994 en donde cuando existen faltantes presupuestales es posible adicionar los gastos operativos.

De igual forma, no es posible considerar que se viola el principio de legalidad del tributo establecido en el artículo 338 de la Constitución Nacional, pues tal como se detalló los elementos esenciales del tributo corresponden con lo realizado por la Comisión y se dio aplicación a la excepcionalidad que incluye la Ley 142 de 1994.

Así mismo, los gastos de funcionamiento de los que menciona la Ley 142 de 1994 deben entenderse como todos aquellos necesarios para la debida operación de la entidad y que son recuperados con el cobro de la contribución especial.

3.2. El artículo 85 de la Ley 142 de 1994 no excluye dentro de los sectores regulados el de energía eléctrica.

La demandante afirma que, no es posible utilizar el párrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, para liquidar la contribución especial de las empresas de energía eléctrica, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 2461 de 1999 y artículo 21 de la Resolución

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

19 / 27

CREG 039 de 2017, debe regirse es por lo señalado en el artículo 22 de la Ley 143 de 1994 que dispone:

“Artículo 22. Los costos del servicio de regulación serán cubiertos por todas las entidades sometidas a su regulación y el monto total de la contribución no podrá ser superior al 1%, del valor de los gastos de funcionamiento excluyendo los gastos operativos, compras de electricidad, compras de combustibles y peajes, cuando hubiere lugar a ello, de la entidad regulada, incurrido el año anterior a aquel en que se haga el cobro, de acuerdo con los estados financieros puestos a disposición de la Superintendencia de Servicios Públicos y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

El monto de la contribución que le corresponde pagar a cada entidad será liquidada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Las contribuciones deberán ser pagadas dentro de los primeros treinta (30) días calendario siguientes al respectivo recaudo, en la entidad o entidades financieras señaladas para recibir este recaudo.

Parágrafo. La Comisión de Regulación de Energía y Gas fijará anualmente su presupuesto, el cual deberá ser aprobado por el Gobierno Nacional.”

Al respecto, resulta pertinente señalar el ámbito de aplicación de la Ley 142 de 1994 establecido en su artículo primero así:

“Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.”

Y lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 143 de 1994 que consagra: “La presente Ley establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que en lo sucesivo se denominarán actividades del sector, en concordancia con las funciones constitucionales y legales que le corresponden al Ministerio de Minas y Energía.”

De manera que, la Ley 142 de 1994, **aplica al servicio público de energía eléctrica**, es decir, no es posible concluir que al existir la Ley 143 de 1994, dejen de aplicar las disposiciones que estableció la Ley 142 de 1994 para dicho servicio, cuando estas no sean contrarias.

En efecto, en el presente caso no se configura el fenómeno jurídico de la antinomia de la Ley, pues precisamente se presenta cuando existen tensiones y conflictos interpretativos en el ordenamiento jurídico.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

20 / 27

Al respecto, la Corte Constitucional en la providencia D-11213 del 17 de agosto de 2016, Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, señaló lo siguiente:

6. Los conflictos y antinomias entre disposiciones jurídicas. Criterios de solución

6.1. Asociado al ejercicio de la facultad derogatoria legislativa, está el tema de las tensiones y conflictos interpretativos que surgen al interior del ordenamiento jurídico. La Corte ha tenido oportunidad de estudiar el punto, concretamente, en el aspecto relativo a los criterios y reglas que deben aplicarse para dar solución a las **antinomias entre leyes, entendiendo por tal, la situación en que se encuentran dos disposiciones pertenecientes a un mismo sistema normativo que, concurriendo en los ámbitos temporal, espacial, personal y de validez, reconocen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí a determinado supuesto fáctico, resultando imposible su aplicación simultánea.**

6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y (iii) **el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.**

Así las cosas, no es posible compartir lo expuesto por la demandante en el sentido que a la Empresa Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. no le aplica la excepción que se establece en la parte final del parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, pues carece de toda lógica pensar que, ante la existencia de un faltante presupuestal no sea posible cubrirlo y como consecuencia de ello se afecte o deje de funcionar la Comisión de Regulación de Energía y Gas, cuando la contribución especial precisamente se creó con el fin de recuperar los costos del servicio de regulación o entender que la mencionada excepción sólo aplique para los demás sectores objeto de regulación por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas y no para el de energía eléctrica a pesar de ser sujeto pasivo del tributo.

En el mismo sentido, se desvirtúa el argumento referente a la inaplicabilidad del artículo 54 del Decreto 111 de 1996, toda vez que el ajuste de la base gravable y por ende de la tarifa aplicada a la contribución especial para la vigencia 2019 de que trata la Resolución CREG 197 de 2019 se

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

21 / 27

realizó para recaudar el presupuesto aprobado mediante la Ley 1940 del 28 de enero de 2018 y liquidado mediante el Decreto 2467 de diciembre de 2018.

Por lo anterior, en ningún momento excedió el espacio fiscal de la Comisión, ni fueron modificadas las disposiciones establecidas en la ley de presupuesto 2019.

La interpretación adecuada y que se ajusta al alcance y objetivos de cada una de leyes 142 y 143 de 1994 es que la excepción que trae el parágrafo 2 del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, aplica para la totalidad de los sectores objeto de regulación por parte de la CREG, en donde se encuentra el sector de energía eléctrica y el artículo 22 de la Ley 143 de 1994, retoma los elementos esenciales del tributo que coinciden con los establecido en la Ley 142 de 1994 así:

- a) Sujeto Activo: Comisión de Regulación de Energía y Gas (Comisiones de Regulación)
- b) Sujeto Pasivo: Entidades objeto de regulación por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
- c) Hecho generador: Servicio de regulación que presta la Comisión de Regulación de Energía y Gas.
- d) Tarifa: Máximo 1%
- e) Base gravable: Valor de los gastos de funcionamiento asociados al servicio sometido a regulación de la entidad contribuyente en el año anterior a aquel en el que se haga el cobro.

En consecuencia, la aplicación del parágrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994, en la liquidación de la contribución especial a la Empresa Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P, corresponde al marco legal que le es posible aplicar a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, por lo que el acto administrativo demandado no se encuentra afectado por algún vicio en su contenido.

4. Falta de motivación

La falta de motivación alegada por la apoderada de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P se sustenta en tres aspectos:

- 4.1. La CREG no explicó la forma como realizó la liquidación de la contribución.
- 4.2. La CREG no identificó las cuentas que utilizó para incrementar la base gravable de la contribución, ni el porcentaje que utilizó para distribuir el supuesto faltante presupuestal.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

22 / 27

Al respecto, debemos señalar que las afirmaciones realizadas por la representante de la empresa prestadora resultan alejadas de la verdad, toda vez que conforme a los hechos que fueron descritos en los aspectos tratados en los numerales anteriores, se encuentra plenamente demostrado que si existió la motivación suficiente para definir el porcentaje utilizado en la liquidación de la contribución y la aplicación del párrafo segundo del artículo 85 de la Ley 142 de 1994.

Por lo anterior, consideramos pertinente retomar algunos de los mencionados aspectos y precisar algunos otros, para demostrar cabalmente que no existe la falta de motivación alegada por el demandante.

El H. Consejo de Estado en la Sentencia 00064 de 2018, MP: Gabriel Valbuena Hernández del 5 de julio de 2018, radicado No 110010325000201000064 00 (0685-2010) sobre la motivación de los actos señaló lo siguiente:

“(…)

La motivación de los actos administrativos es una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados "considerandos", deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada.

Siguiendo las lineamientos expuestos por el profesor francés René Chapus en su tratado de derecho administrativo general, el deber de motivar los actos administrativos está orientado a satisfacer tres exigencias: (i) En primer lugar, una exigencia propia de la democracia, toda vez que conforme a ésta se impone a la administración la obligación de dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido [Art. 123 C.P. "(...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad". Art. 209 C.P. "La función administrativa está al servicio de los intereses generales (ii) En segundo lugar, pone de presente la exigencia de adelantar una "buena" administración; en este sentido, la obligación de motivar los actos administrativos compele a la administración a realizar un examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que proyecta, previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación; y, (iii) en tercer lugar, la motivación de los actos administrativos facilita el control de la actuación administrativa; así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo en el "instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a /os fines señalados en el mismo."

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

23 / 27

Así las cosas, salvo excepciones previstas en el ordenamiento, un acto administrativo sin motivación alguna o con una motivación manifiestamente insuficiente, carece de validez constitucional y legal, al no expresar las causas fácticas y jurídicas que determinan su adopción.

Es pertinente traer a colación las observaciones al respecto del profesor García de Enterría, citadas ya por esta Corporación en sentencia SU 250 de 1998.

"La motivación, como ya dijimos, es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, por ejemplo: no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de "incapacidad física"; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución." (Citas del original no transcritas).

(...)"

A partir de lo expuesto por el alto tribunal, es claro para la comisión que cumplió con la ritualidad necesaria en la expedición de los actos administrativos objeto de cuestionamiento así:

- a) Los fundamentos de hecho y de derecho se encuentran detallados en cada uno de los actos administrativos proferidos por la Comisión.
- b) La aplicación, interpretación y desarrollo de cada una de las normas invocadas se encuentra conforme a su sentido real.
- c) Las acciones desarrolladas por la Comisión se encuentran dentro del marco legal encomendado.
- d) De la lectura de cada uno de los actos administrativos, es claro el proceso lógico y jurídico que motivaron cada una de las decisiones que allí se tomaron.

Por todo lo expuesto, solicito a la señora Jueza deniegue las pretensiones de la demanda y condene a la demandante en las costas a que hubiere lugar.

VI. EXCEPCIONES

PREVIAS



Av. Calle 116 No. 7-15 Int. 2. Oficina 901
Edificio Cusezar Bogotá, D.C. Colombia
(1) 6032020 / Fax: (1) 6032100
creg@creg.gov.co
www.creg.gov.co

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

24 / 27

1. Ineptitud Sustantiva de la Demanda

Solicito declarar probada la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales establecida en el artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo por las razones que expongo a continuación:

El artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dispuso lo siguiente:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.” (subrayas fuera del texto)

Conforme el artículo transcrito, es claro que toda persona tiene la posibilidad que se declare la nulidad de un acto administrativo general y pedir el restablecimiento del derecho directamente vulnerado por ese acto o pedir la reparación del daño causado. Para ello, es necesario que el afectado demande el acto administrativo que contiene la manifestación de la voluntad de la administración, que creó, modificó o extinguió la situación jurídica.

La materialización de la identificación de los actos administrativos demandados debe detallarse en las pretensiones de la demanda, pues a través de su estudio es posible determinar el alcance y efectos jurídicos que se pretenden y le permite al juez delimitar su campo de decisión.

En el presente asunto, los actos administrativos demandados fueron los siguientes:



Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

25 / 27

- Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia 2019 (Número Radicación CREG E-2020-000213 el cual es inexistente)
- la Resolución CREG 082 de 2020 mediante las cuales las CREG liquidó y confirmó la liquidación de la contribución especial a cargo de CHEC por la vigencia 2019

Pero los argumentos planteados por la apoderada de la empresa CHEC, los cuales fueron analizados detalladamente en los acápites precedentes, están dirigidos a controvertir los fundamentos de la decisión contenida en la Resolución CREG 197 de 2019, pues es en esta resolución que se incluyó a la demandante con la totalidad de la información 2018 que se encontraba en Sistema Único de Información -SUI, para fijar la tarifa de la contribución especial para la vigencia 2019 y estableció su porcentaje.

Esta norma no es objeto de control judicial en este proceso, dado que la demanda está dirigida contra el radicado I-2020-00213 Liquidación Oficial Contribución Especial CREG Ley 142 y 143 de 1994 Vigencia CREG y la Resolución CREG 085 de 2020 que resolvió el recurso de reposición. Así mismo es importante resaltar que el acto administrativo I-2020-00213 es un acto inexistente, toda vez que la Liquidación de la Contribución Oficial, se encuentra en el acto administrativo I-2020-00123 el cual no es objeto de la demanda.

Así las cosas, es claro que la empresa CHEC omitió demandar el acto o actos administrativos que alega afectaron su situación, es decir, el acto que contiene la manifestación de la voluntad de la administración, que creó, modificó o extinguió su situación jurídica, que en el presente asunto corresponde a la Resolución CREG 197 de 2019.

A su turno, al demandar los actos particulares contenidos en el radicado I-2020-00213 del 10 de enero de 2020 (**el cual no existe porque el acto administrativo es el I-2020-00123**) y la Resolución 082 del 10 de julio de 2020, no expone las normas violadas y el concepto de violación específico de estos actos, dado que el demandante dirige los argumentos por violación de las normas superiores contra el acto general previo y no contra los actos demandados, incumpliendo el requisito de la demanda que establece la Ley 1437 de 2011, artículo 162, numeral 4.

En consecuencia, es claro que se configura la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales invocada y por indebida identificación de los actos administrativos.

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

26 / 27

2. Falta de Competencia

De conformidad con el artículo 155 numeral 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone con relación a las competencias de los jueces administrativos:

De los procesos que se promuevan sobre el montó, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuya cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Teniendo en cuenta que la cuantía por la cual se demandan los actos administrativos es por DOSCIENTOS OCHENTA MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$280.506.397), la competencia le corresponde al Juzgado Administrativo.

MERITO

3 Presunción de legalidad de los actos administrativos previos en que se fundamentan las decisiones demandadas.

La Resolución 197 de 2019 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas goza de presunción de legalidad y no ha sido anulada, ni suspendida, ni ha sido objeto de demanda de nulidad ni de ningún medio de control judicial, por tanto, su aplicación como fundamento de los actos demandados no puede viciar estos actos.

VII. PRUEBAS

Solicitamos se tengan con pruebas las siguientes:

1. Resolución CREG 181 del 11 de diciembre de 2019
2. Documento Soporte de la Resolución CREG 181-2019 (D-118)
3. Resolución CREG 197 del 26 de diciembre de 2019
4. Documento Soporte Resolución CREG 197-2019 (D-127)
5. Radicado I-2020-00123 del 10 de enero de 2020
6. Resolución CREG 082 del 10 de julio de 2020

Magistrada
MERCY CECILIA MORENO AMAYA
Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B
Expediente 25000-23-37-000-2020-00625-00

27 / 27

VIII. ANEXOS

1. Los documentos relacionados como prueba
2. El poder a mi otorgado y sus anexos

IX. NOTIFICACIONES

Mis poderdantes recibirán notificaciones en el correo electrónico notificaciones.judiciales@creg.gov.co y en sus oficinas en la CREG en la Avenida Calle 116 No 7-15 Oficina 901 de la ciudad de Bogotá D.C; teléfono 6032020; fax 6032100.

El suscrito recibirá notificaciones en el correo electrónico juan.cely@creg.gov.co y en las Oficinas de la CREG en la Avenida Calle 116 No 7-15 Oficina 901 de la ciudad de Bogotá D.C.

De la señora Magistrada, con todo respeto,



JUAN CAMILO CELY CASTRO
C.C 79.797.895 de Bogotá
TP. 123.444 CSJ