

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERA PONENTE: **LIGIA LÓPEZ DÍAZ**

Bogotá, D.C., tres(3) de octubre de dos mil siete (2007)

Radicación: 08001-23-31-000-2000-00097-01(**15393**)

ACTOR: **INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION INTERCOR** (Hoy SOCIEDAD CARBONES DEL CERREJON LLC.)
C./CORPORACIÓN ELÉCTRICA DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. E.S.P.-**CORELCA**-
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL
FALLO

La Sala decide la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia de 23 de septiembre de 2004 proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Atlántico, Córdoba, Magdalena, Sucre y Bolívar, desestimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de **INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION INTERCOR** (Hoy SOCIEDAD CARBONES DEL CERREJON L.L.C.) contra las facturas y los actos administrativos de cobro de la Contribución Especial del Sector Eléctrico por el suministro de energía eléctrica por los meses de julio y agosto de 1998.

ANTECEDENTES

INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION –**INTERCOR** (Hoy Carbones del Cerrejón L.L.C.) suscribió el 1° de diciembre de 1994 con la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica –**CORELCA** el contrato C-3.308-94, de suministro de energía y potencia eléctrica para el consumo en las instalaciones del complejo carbonífero del Cerrejón Zona Norte en el departamento de la Guajira (Folio 42).

En las facturas 1510 y 1548 correspondientes a los meses de julio y agosto de 1998 respectivamente, CORELCA incluyó en cada una, una contribución por \$136.766.364 y \$148.752.127, respectivamente (folios 56 y 95).

El 21 de agosto y el 22 de septiembre de 1998 INTERCOR presentó reclamación formal contra estas facturas para que se excluyera el cobro de la Contribución Eléctrica, pues no era sujeto pasivo por ser un usuario no regulado que compró energía a una empresa generadora regulada. Y si eventualmente lo fuese, no podía realizarse el cobro de la Contribución ya que para el momento del cobro la base gravable no había sido definida.

Estas reclamaciones fueron negadas por CORELCA a través de las Resoluciones 0230 y 0231 de 27 de abril de 1999 (Folios 62 y 100).

La demandante interpuso recursos de reposición contra las anteriores resoluciones, los cuales fueron decididos desfavorablemente por Resoluciones 0462 y 0463 de 17 de septiembre de 1999 (Folios 91 y 131).

DEMANDA

INTERNACIONAL COLOMBIA RESOURCES CORPORATION -INTERCOR (Hoy Carbones del Cerrejón LLC) solicitó la nulidad parcial de las facturas 1510 de 6 de agosto y 1548 de 8 de septiembre de 1998 en lo referente al cobro de la contribución eléctrica, y de los actos administrativos mediante los cuales CORELCA negó las peticiones formales y los recursos de reposición. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro de los \$285.518.491 cancelados por concepto de esas contribuciones, el reconocimiento de la pérdida del valor adquisitivo del dinero e intereses causados entre la fecha de pago y la de devolución.

Los actos administrativos demandados infringen varias de disposiciones de la Ley 143 de 1994 y de la 142 de 1994, por los siguientes argumentos:

1. Derecho de defensa de los usuarios en sede de la Empresa

No es cierto que a CORELCA no se le aplique la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, pues, es una entidad descentralizada del Estado que desarrolla actividades de generación, comercialización y transmisión de energía eléctrica hasta el domicilio del usuario final, por lo tanto, aún antes de entrar en vigencia el Decreto Ley 1261 de 1999 de reestructuración de la corporación, también estaba obligada a atender las peticiones, quejas y reclamos formulados por los usuarios.

Lo anterior, siempre y cuando no contraríe lo dispuesto en la Ley Eléctrica que señala en el artículo 96 que en caso de contradicción entre ambas leyes en asuntos de energía prevalece aquella.

La ley eléctrica no establece un régimen para las respuestas a las reclamaciones que por facturación hagan los usuarios, mientras que la ley de servicios públicos domiciliarios en su Título VIII del Contrato de servicios públicos, prevé la defensa de los usuarios en sede de la Empresa, normas que son aplicables en el presente caso, de conformidad con la sentencia C-263 de 1996 de la Corte Constitucional que declara la exequibilidad de los artículos 154 y 159 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, la existencia de un contrato entre CORELCA e INTERCOR no es la excusa para desconocer lo previsto en el capítulo VIII de la Ley de servicios públicos domiciliarios, pues, estas normas desarrollan el derecho fundamental de defensa y del debido proceso.

2. Sujetos Pasivos de la Contribución

El tratamiento dado por el legislador al tema de los sujetos pasivos de la contribución de solidaridad y redistribución del ingreso, difiere en las Leyes 142 y 143 de 1994, pues, mientras la primera señala como sujetos pasivos de contribución a los usuarios residenciales de estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciales; la segunda se refiere a los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, los usuarios residenciales de estrato 5 y 6 y los usuarios no residenciales.

Sin embargo, debe darse aplicación a la Ley 143 de 1994, por ser de naturaleza especial para el servicio de energía eléctrica, como lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Conforme al artículo 47 de la Ley 143 de 1994 la contribución está regulada así: los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales deben hacer aportes que no excedan del 20% del costo de prestación del servicio, para subsidiar los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de menores ingresos. Y los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas deberán también pagar la contribución.

El usuario regulado, es la persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la CREG, las cuales deben incluir el factor resultante de aplicar el principio de solidaridad y redistribución del ingreso, mientras que los no regulados, tienen una demanda máxima superior a 2Mw por instalación legalizada y sus compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente (artículos 11 y 44 ibídem).

El literal h) del artículo 23 ibídem al cual remite el artículo 47 para fijar la contribución, establece como función de la CREG, definir los factores que deben aplicarse a las tarifas de cada factor de consumo destinados a cubrir los subsidios a los consumos de subsistencia de usuarios de menores ingresos.

De acuerdo con las anteriores normas, que deben ser aplicadas en concordancia, es claro que el legislador estableció la contribución exclusivamente a los usuarios regulados o sujetos a un régimen tarifario y por excepción a los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas. Los usuarios no residenciales son los usuarios industriales y los comerciales pero regulados. Así lo confirmó el Decreto 3087 de 23 de diciembre de 1997, que reglamentó las Leyes 142 y

143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996 y lo ratificó la Resolución 057 de 27 de diciembre de 1994 de la CREG.

En consecuencia, no se puede afirmar que los usuarios no residenciales, son todos los industriales y comerciales, regulados o no y que por tanto, todos los usuarios industriales y comerciales, regulados o no, quedaron gravados con la sobretasa. Lo correcto es entender que los usuarios industriales y comerciales son sujetos de la contribución, si son “usuarios regulados” o cuando son “usuarios no regulados” compran su energía a “empresas generadoras de energía no reguladas”, lo cual no sufrió modificación cuando se expidió la Ley 286 de 1996.

De otra parte CORELCA es una Empresa generadora de energía regulada, razón por la cual INTERCOR no debe pagar la contribución, pues sólo la pagaría si comprara energía a generadoras no reguladas, como lo dice el artículo 47 de la Ley 143 de 1994.

Las generadoras no reguladas, según los artículos 2 de las Resoluciones 055 y 056 de 28 de diciembre de 1994 expedidas por la CREG, son las que tienen una capacidad instalada inferior a 10Mw y los autogeneradores, lo cual escapa a la naturaleza de CORELCA cuya capacidad de generación es superior a 10Mw, y que ratifica la Resolución 38 de 1995 de la CREG al señalar la contribución que deben pagar las entidades reguladas por el año 1995.

3. Base Gravable

De acuerdo con lo anterior, según la Ley Eléctrica (143 de 1994) la demandante no es sujeto pasivo de contribución especial del sector eléctrico,

pero de aceptarse que con la Ley 286 de 1996 quedaron gravados todos los usuarios no regulados, CORELCA no podía imponer la contribución especial en las facturas, porque para esas fechas no se había reglamentado la ley que definiera la base gravable, o “costo de prestación del servicio”.

El artículo 47 de la Ley 143 de 1994 y el párrafo 2 del artículo 97 de la Ley 223 de 1995 prevén como base gravable “el costo de prestación del servicio” y no la tarifa o los precios que acuerden libremente las partes. Razón por la cual la CREG expidió la Resolución 112 de 1996 que indica las bases sobre las que se establece la fórmula que permite a las empresas comercializadoras de electricidad calcular los costos de prestación del servicio y determinar las tarifas aplicables a los usuarios regulados. Por Resolución 114 de 1996 se estableció la metodología para el cálculo del costo de prestación del servicio de energía eléctrica y se definen las fórmulas tarifarias para las zonas no interconectadas, y la 31 de 1997 aprobó las fórmulas generales para que los comercializadores de electricidad establezcan los costos de prestación del servicio a usuarios regulados. De esto se deduce que el costo de prestación del servicio se debe reflejar en la tarifa pero no es la tarifa misma.

En el caso de los usuarios no regulados, el precio se fija de acuerdo con los precios fijados en bolsa del promedio de los generadores térmicos e hidroeléctricos, el cual varía entre uno y otro y fluctúa de hora en hora, sin tener en cuenta el costo de suministro. El valor está integrado como requisito esencial por el fin de lucro que normalmente persiguen los particulares.

Por esa razón debía existir una reglamentación para establecer la base de la contribución, lo cual sólo vino a ocurrir a partir de la publicación de la Resolución 093 de 4 de septiembre de 1998 de la CREG, que dispuso que

los usuarios no regulados deben pagar la contribución del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, sobre la base de la fórmula de Costo Unitario de Prestación del Servicio (CU) vigente para el comercializador que atienda el mayor número de usuarios regulados en el respectivo mercado de comercialización donde se encuentre el usuario no regulado. En consecuencia, sólo a partir de esa fecha se podía exigir a los usuarios no regulados que compraran energía a generadoras reguladas, el pago de la contribución.

CORELCA no podía fundamentar el cobro en la Circular 006 de 21 de febrero de 1996 porque como lo dijo el mismo Director Ejecutivo de la CREG, la circular era de carácter didáctico y no había sido publicada en el diario oficial. Además, la circular no hace una reproducción fidedigna del parágrafo 2 del artículo 97 de la Ley 223 de 1995 y es lo que permite que se haga el cobro de la contribución indebidamente, pues agrega nuevos sujetos pasivos y define una base gravable que debía definir por reglamentación de la ley.

OPOSICIÓN

La **Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica CORELCA S.A. E.S.P.**, al contestar la demanda señaló que era una simple recaudadora de la contribución ordenada en la Ley 143 [47] de 1994 para ser remitida a las electrificadoras y al Fondo de Redistribución del Ingreso de Contribución y Subsidio, para que estos entes le den el destino final para el cual se creó el tributo.

Propuso la excepción de *Falta de integración del litisconsorcio*, toda vez que la contribución ordenada en el artículo 47 de Ley 143 de 1994 es trasladada por CORELCA a las electrificadoras y al Fondo de Redistribución del Ingreso de Contribución y Subsidio y éstas a su vez a los respectivos municipios, por lo que se debió demandar a estas entidades también.

La **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** solicitó que fuera desvinculada del proceso por carecer de interés en el mismo. Señaló que la Superintendencia era un organismo de carácter técnico adscrito al

Ministerio de Desarrollo Económico, con funciones de control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, pero ello no incluye examinar la legalidad de los procesos de contratación de sus vigiladas. Como en el presente caso, la demanda versaba sobre aspectos contractuales entre CORELCA e INTERCOR, su participación no tenía ningún sentido.

El **Ministerio de Minas y Energía** en la contestación de la demanda propuso las siguientes excepciones:

1. *Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva*, el Ministerio de Minas y Energía no es el llamado a responder por las falencias acusadas en los actos demandados, pues, no son producto de su actuar.
2. *El Interesado dejó consolidar su propia situación al no interponer todos los recursos*. Las empresas prestadoras del servicios públicos se sujetan a la Ley 142 de 1994 y en consecuencia sus decisiones son susceptibles del recurso de reposición y en subsidio de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, recurso que no interpuso.
3. *Las pretensiones de la demanda son diferentes a las que se propusieron por vía gubernativa y las que de oficio se encuentren probadas en el plenario*.

En lo de fondo precisó que era obligación del Estado financiar a las personas de menores ingresos para que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, lo cual se cumple a través de regímenes tarifarios establecidos con criterios de solidaridad y redistribución del ingreso y con subsidios concedidos por la Nación y entidades territoriales y descentralizadas.

En materia de gravámenes, como la contribución de solidaridad, le corresponde al Congreso de la República fijar los elementos esenciales conforme al artículo 338 de la Constitución Política, razón por la cual se anuló la Resolución 093 del 4 de septiembre de 1998, pues, fue la CREG la que los determinó.

Por ello, el hecho de que la Comisión de Regulación de Energía y Gas, no hubiere expedido esa resolución, no es razón suficiente para que CORELCA no exigiera el pago de la contribución sobre la energía suministrada a INTERCOR, pues, todos los elementos de este impuesto de destinación específica, el sujeto pasivo (usuarios de sectores industriales y comerciales y estratos 5 y 6), el hecho gravable (ser usuario de los servicios públicos), base gravable (valor del consumo), agentes recaudadores (empresas prestadoras

del servicio) y la tarifa (inferior al 20%), están contenidos en las Leyes 142[89] y 143[47] de 1994, 223[97] de 1995 y 286[5] de 1996; en las sentencias C – 086 de 1998 de la Corte Constitucional y de 5 de mayo de 2000 del Consejo de Estado, expediente 9783.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las excepciones propuestas por el Ministerio de Minas y Energía de falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de agotamiento de la vía gubernativa y negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que el Ministerio de Minas y Energía sí tiene legitimación para comparecer en este proceso, pues, la Nación es la encargada de distribuir los recursos que por concepto de solidaridad recaudan las empresas de servicios públicos, y es el Gobierno Nacional el encargado de distribuir los subsidios para el consumo de energía de las clases menos favorecidas económicamente.

Tampoco dio prosperidad a la segunda excepción porque en el acto acusado no se le dio oportunidad de interponer el recurso de apelación, razón por la cual podía demandar directamente.

Señaló que la contribución de solidaridad es un impuesto con destinación específica, en el cual el sujeto pasivo son los usuarios de los sectores industriales y comerciales y los estratos 5 y 6, las recaudadoras son las empresas que prestan el servicio y el hecho gravable es el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario y, tratándose del servicio público de energía el monto se fijó en un 20% del valor del servicio.

La base gravable de la contribución de solidaridad se fijó con base en la Ley 223 de 1995, que modificó las Leyes 142 y 143 de 1994, y estableció que el

cobro de la contribución del sector eléctrico equivale al 20% del costo de prestación del servicio, sobre el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario.

INTERCOR es un usuario no regulado del sector eléctrico del país, sometido a las leyes nacionales, y si bien existe un contrato entre INTERCOR y CORELCA, los valores pactados en el mismo obedecen al criterio jurídico de precio del contrato, pero en ningún momento al de la tarifa como erradamente lo interpreta la actora, ya que la contribución especial que se paga va al fondo de solidaridad que maneja el Ministerio de Minas y Energía con el fin de subsidiar el consumo de energía de estratos más bajos de la comunidad, en virtud del principio de solidaridad consagrado en la Constitución y en las normas regulatorias de los servicios públicos.

APELACIÓN

La demandante expuso como fundamentos de la apelación lo siguiente:

El Tribunal no hizo una interpretación integral de las normas que regulan el tema de contribución eléctrica, por lo que llegó a una conclusión que no corresponde al sentido y orientación que le dio el legislador a dicho gravamen a través de las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996.

El artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 creó la contribución eléctrica con el fin de que los sectores socioeconómicos de los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales, paguen un sobrecosto destinado a subsidiar el consumo de energía de los estratos 1, 2 y 3; sin embargo, es necesario interpretar esta disposición en armonía con la Ley [47] 143 de 1994 que por ser norma especial prevalece sobre la Ley 142 de 1994, en especial en los temas en los que pueda existir diferencia o contradicción.

Un análisis integral de los artículos 6, 23 (literal h) y 47 de la Ley 143 de 1994 determina que la contribución debe ser sufragada por los usuarios tanto residenciales como no residenciales, sin embargo dentro de la categoría de los no residenciales sólo los usuarios no regulados que compran energía a empresas no reguladas y los sometidos al régimen tarifario de la CREG, son los obligados a pagar el tributo, lo cual confirma que el Legislador en ningún momento ha señalado como sujetos pasivos del gravamen a los usuarios no regulados que compran energía a los regulados, como es el caso de la relación existente entre INTERCOR y CORELCA, respectivamente. Esta situación no se modificó con la expedición de la Ley 286 de 1996, pues hay que hacer una interpretación gramatical de la misma.

Las normas mencionadas no fijaron la base gravable sobre la cual se cobraría la contribución eléctrica, pues, señalaron que sería del 20% del costo de la prestación del servicio, pero no determinaron ese concepto y tampoco lo extendieron a los usuarios no regulados que compraran energía a las reguladas, caso en el cual el pago se fundamentó en un precio que las partes acuerdan libremente.

Tampoco el Decreto 3087 de 1997 definió la base gravable para los usuarios no regulados que compran energía a empresas reguladas, pues la determinó sobre el régimen tarifario, lo cual no corresponde a esta clase de situaciones, porque, en ellas se pactan precios libremente y no hay tarifas.

Por su parte, la Resolución 093 de 1998 trató de llenar el vacío de la base gravable para usuarios no regulados, sin embargo, fue declarada nula por el

Consejo de Estado en sentencia de 5 de mayo de 2004, precisamente por haber invadido las competencias del legislador en cuanto a los sujetos pasivos y la base gravable de la contribución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** no presentó alegatos de conclusión.

La **demandada** reiteró la obligación de INTERCOR de pagar la contribución y al respecto citó la sentencia C-086 de 1998 que decidió la demanda de inexecutable de las Leyes 142 y 143 de 1994 y que señaló cuáles eran los elementos esenciales del gravamen. En consecuencia, desde que se expidieron las facturas de cobro a la demandante, existía la obligación de pagar la contribución, por cuanto estaban dados todos los elementos de la obligación conforme a la Ley.

El **Ministerio Público** no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con el recurso de apelación de la demandante, la Sala debe decidir si para los meses de julio y agosto de 1998, INTERCOR (hoy CARBONES DEL CERREJON L.L.C.) estaba obligada a pagar a CORELCA la contribución de solidaridad eléctrica, establecida por las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996.

En primer término ha discutido la parte actora que INTERCOR no debe pagar la contribución especial porque es una usuaria no regulada que compra energía a una entidad regulada, como es el caso de CORELCA, situación

que no previó el legislador en ningún momento. Y, en segundo término, que si en gracia de discusión fuera sujeto pasivo de la contribución, tampoco debía pagarla en atención a que para la fecha en que se cobró no existía la base gravable legalmente determinada.

En los folios 56 y 95 del cuaderno principal se encuentran las facturas de compraventa de energía expedidas por CORELCA a cargo de INTERCOR por los meses de julio y agosto de 1998, en las que se incluyó la contribución eléctrica equivalente al 20% de la energía suministrada y los cargos regulados, en cuantías de \$136.766.364 y \$148.752.127, respectivamente.

La Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios" estipuló en su artículo 89 la aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, dentro de las fórmulas y prácticas de tarifas, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta ley.

89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo (Subraya la Sala).

(...)"

De acuerdo con esta norma, la contribución eléctrica tiene por finalidad subsidiar el consumo de energía de los estratos 1, 2 y 3 y puede cobrarse en las facturas de los usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6,

y en las de los usuarios industriales y comerciales, sin distinguir si son regulados o no.

Ahora bien, la Ley 143 de 1994 por medio de la cual se estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, previó como deberes del Estado, entre otros, dar una mayor cobertura en los servicios de electricidad a las diferentes regiones y sectores del país con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios de los estratos I, II y III y los de menores recursos del área rural y, asegurar la disponibilidad de los recursos necesarios para cubrir los subsidios otorgados a los usuarios mencionados, a través de los recursos generados por la contribución nacional prevista en el artículo 47 de la misma ley, y por los recursos de presupuesto nacional. Además, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas pueden conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos (artículo 3).

El artículo 47 consagró la contribución especial en los siguientes términos:

“Artículo 47.- En concordancia con lo establecido en el literal h) del artículo 23¹ y en el artículo 6² de la presente Ley, aplíquense los factores

¹ ARTÍCULO 23. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales:

[...]

h) Definir los factores que deban aplicarse a las tarifas de cada sector de consumo con destino a cubrir los subsidios a los consumos de subsistencia de los usuarios de menores ingresos. Estos factores deben tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios de menores ingresos, los costos de la prestación del servicio y el consumo de subsistencia que deberá ser establecido de acuerdo a las regiones;

²ARTÍCULO 6. Las actividades relacionadas con el servicio de electricidad se regirán por principios de eficiencia, calidad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad, solidaridad y equidad.

[...]

Por solidaridad y redistribución del ingreso se entiende que al diseñar el régimen tarifario se tendrá en cuenta el establecimiento de unos factores para que los sectores de consumo de mayores ingresos

para establecer el monto de los recursos que los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales deben hacer, aportes que no excederán del 20% del costo de prestación del servicio, para subsidiar los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de menores ingresos (Subraya la Sala).

El faltante de los dineros para pagar la totalidad de los subsidios será cubierto con recursos del presupuesto nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3o. de la presente Ley, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluirá las apropiaciones correspondientes en el Presupuesto General de la Nación.

El valor de los aportes para cada sector de consumo será definido anualmente por la Comisión de Regulación de Energía y Gas. Los subsidios se pagarán a las empresas distribuidoras y cubrirán no menos del 90% de la energía equivalente efectivamente entregada hasta el consumo de subsistencia a aquellos usuarios que por su condición económica y social tengan derecho a dicho subsidio según lo establecido por la ley.

Los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas deberán también pagar la contribución.

Autorízase al Gobierno Nacional para que en concordancia con lo estatuido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios establezca el mecanismo especial a través del cual se definirán los factores y se manejarán y asignarán los recursos provenientes de los aportes.

Las empresas de electricidad recaudarán las sumas correspondientes a estos factores en las facturas de cobro por ventas de electricidad, estableciendo claramente el monto de las mismas.

Así mismo, en las facturas de los usuarios de menores ingresos establecerán el valor del subsidio otorgado. Las empresas recaudadoras consignarán el excedente dentro de los 30 días siguientes a su recaudo, en la entidad o entidades que el Gobierno señale para tal fin.

ayuden a que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los consumos de electricidad que cubran sus necesidades básicas”.

El subsidio neto que atiende el Presupuesto Nacional debe ser cancelado a las empresas beneficiarias dentro de los 60 días siguientes a su facturación” (Subraya la Sala).

Como se observa, la contribución fue establecida en términos similares a los previstos por la Ley 142 de 1994, al imponerse sobre los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales, sin hacer la distinción entre usuarios regulados y no regulados, por lo que debe entenderse que comprende tanto los unos como los otros cuando adquieren la energía, bien sea a empresas reguladas como a no reguladas, pues conforme al artículo 3 de la citada ley, esta contribución se establece para asegurar la adecuada prestación del servicio público de electricidad y quienes lo prestan (art. 4), deben sujetarse al cumplimiento de los objetivos previstos en la ley. La generación y transmisión de energía busca satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente, por lo que es servicio público esencial, obligatorio y solidario de utilidad pública. De suerte que la contribución está prevista para las entidades reguladas y para no dejar vacío alguno, el inciso 3 señala que el gravamen también recae cuando un usuario no regulado adquiere la energía de una empresa no regulada.

El artículo 10 ibídem, contempla, entre otras, las siguientes definiciones especiales:

Usuario Regulado. Persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Usuario No-Regulado. Persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada.

Resulta errado pretender como lo hace el demandante, que el legislador haya excluido del gravamen a los usuarios no regulados que compran energía a las empresas reguladas, porque ello crearía una desigualdad injustificada y no corresponde al sentido y finalidad de la contribución, ya que conforme a los artículos 3 y 6 de la Ley 143 de 1994, con este gravamen se busca subsidiar las tarifas de los consumos de electricidad que cubran las necesidades básicas de los usuarios de menores ingresos, por lo tanto, la contribución recae para los servicios prestados por entidades reguladas que contratan con usuarios regulados o no, e inclusive cuando se trata de entidades no reguladas.

Ahora bien, el hecho de que los usuarios no regulados no están sometidos a un régimen tarifario, tampoco es razón para excluirlos del gravamen, pues, el mismo legislador pretendió que todos los usuarios con capacidad para contribuir, estuvieran sometidos al tributo. Sea que el servicio se retribuya conforme a la respectiva tarifa o conforme al precio libremente acordado en un contrato, el deber de solidaridad propio de este servicio es obligatorio y general y exige su cobro a todos los usuarios de los estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciantes, es decir, a los no residenciales.

Así lo ratifica el párrafo segundo del artículo 97 de la Ley 223 de 1995 que reguló la sobretasa o contribución del sector eléctrico:

“ARTÍCULO 97. [...] Párrafo. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 se aplicará para los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios no residenciales, el 20% del costo de prestación del servicio.”

Finalmente, la Ley 286 de 1996, “Por la cual se modifican parcialmente las Leyes 142 y 143 de 1994”, señaló:

“ARTÍCULO 5. Las contribuciones que paguen los usuarios del servicio de energía eléctrica pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial regulados y no regulados, los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial, y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores, y los usuarios de los servicios públicos de telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física o de telefonía básica conmutada y serán utilizados por las empresas distribuidoras de energía o de gas, o por las prestadoras del servicio público de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes lo aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos I, II y III áreas urbanas y rurales.

Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994 (Subraya la Sala).

...”

A juicio de la Sala, las anteriores disposiciones confirman el criterio expuesto en el sentido de que tanto los usuarios regulados como los no regulados, que adquieran energía a empresas reguladas o no reguladas, se encuentran sometidos al gravamen. Y, ante la claridad de la norma, no es del caso hacer las interpretaciones que realiza el demandante, que no corresponden al alcance de la disposición ni a la aplicación de los principios que rigen este servicio esencial, ni a la finalidad del gravamen. Por las anteriores razones, se concluye que los usuarios no regulados que compran energía a empresas reguladas sí se encuentran sometidos a la contribución.

Ahora bien, aduce el demandante que cuando le expidieron las facturas con el cobro de la contribución, no existía base gravable sobre la cual se fuera a liquidar y, aunque la Resolución 093 de 1998 trató de llenar el vacío en cuanto a los usuarios no regulados, fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 5 de mayo de 2004, precisamente por haber invadido las competencias del legislador en cuanto a los sujetos pasivos y la base gravable de la contribución.

Considera que las normas que consagraron la contribución, no determinaron la base gravable y aunque señalaron que sería del 20% del costo de la prestación del servicio, no determinaron ese concepto y tampoco lo extendieron a los usuarios no regulados que compran la energía a las reguladas con precios acordados libremente.

La base gravable refleja la magnitud del hecho gravado o de algunos de sus presupuestos, según lo establezca la ley y señala el valor sobre el cual se aplica la tarifa correspondiente para obtener el tributo a cargo.

Conforme a las normas mencionadas, esta contribución especial ha tenido la siguiente base gravable:

El artículo 89 de la Ley 142 de 1994, se precisó que se presumía que el factor aplicable para dar subsidios a los usuarios de menores ingresos, **no podía ser superior al 20% del valor del servicio**, el cual debía estar discriminado en la factura.

En el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 señaló que los factores que se debían aplicar para determinar el monto de los aportes **no podían exceder del 20% del costo de prestación del servicio** y aunque en su artículo 23 literal h) facultó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas para definir los factores que debían aplicarse a las tarifas de cada sector de consumo

con destino a cubrir los subsidios a los consumos de subsistencia de los usuarios de menores ingresos, la base gravable ya estaba legalmente prevista como el “costo de prestación del servicio”.

En el artículo 97 de la Ley 223 de 1995 se estableció que la sobretasa o contribución especial sería del **20% del costo de prestación del servicio**. Y, mediante la Ley 286 de 1996 se ratificó la obligación de cancelar la contribución, cuyos valores serían facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica.

De acuerdo con lo anterior, para el momento en que se expidieron las facturas demandadas en este proceso (julio y agosto de 1998), el legislador había previsto la base gravable de la contribución, y correspondía al valor o costo de la prestación del servicio, conceptos a los cuales no puede dárseles una interpretación limitada a la gramática, como pretende el demandante. Del contexto de la ley se evidencia que las facturas corresponden al consumo del usuario obligado a pagar la contribución, más aún cuando las tasas de los servicios públicos tienen como finalidad exclusiva recuperar los costos del servicio, de suerte que el respectivo consumo comporta los costos; así mismo, que el gravamen recae tanto para usuarios regulados como para los no regulados y fue establecido dentro del concepto de solidaridad y redistribución de ingresos.

Sobre este tema, el Consejo de Estado estudió la legalidad de la Resolución 093 de 1998, mediante la cual la CREG fijó para los usuarios no regulados, la forma como debía calcularse la contribución, “sobre la base de la fórmula de Costo Unitario de Prestación del Servicio (CU) vigente para el comercializador que atienda el mayor número de usuarios regulados en el respectivo Mercado de Comercialización donde se encuentre el usuario No

Regulado”, con lo cual entró a determinar directamente la base gravable del referido impuesto a cargo los usuarios no regulados³.

Precisó el Consejo de Estado que la base gravable de la contribución de solidaridad fue fijada por la Ley 223 de 1995, modificatoria de las Leyes 142 y 143 de 1994 en “el 20% del costo de prestación del servicio”, por lo tanto la Comisión no podía interpretarla como lo hizo en la Resolución demandada, razón por la cual, era contraria al espíritu de la ley al no tener en cuenta para efectos de la contribución, el valor del consumo a cargo de cada usuario, y proceder a ampliar la base gravable al costo de prestación del servicio vigente para el comercializador que atienda el mayor número de usuarios no regulados.

Y concluyó:

“Si bien la contribución de solidaridad es uno de los factores a tener en cuenta para determinar la tarifa del servicio público de energía, ello no implica que por tal razón su determinación pueda ser producto de una fórmula establecida mediante resolución por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, máxime cuando de la resolución no se desprende que tal fórmula vaya a ser utilizada para determinar la tarifa del servicio, sino para fijar la base de la contribución de que trata el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, esto es, la contribución de solidaridad”.

También la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 1998 que estudió la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 286 de 1996, citada en la sentencia mencionada, precisó en primer término que ese recargo era evidentemente un impuesto de destinación específica y, señaló como elementos esenciales del gravamen, los siguientes:

“ - Los usuarios de los sectores industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6, se constituyen en los sujetos pasivos.

³ Sentencia de 5 de mayo de 2000, Exp. 9783. C.P. Dr. Germán Ayala Mantilla.

- Las empresas que prestan el servicio público son los agentes recaudadores.

- El hecho gravable lo determina el ser usuario de los servicios públicos que prestan las empresas correspondientes.

- La base gravable la constituye el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario.

- El monto del impuesto, si bien no está determinado directamente por la ley, si es determinable, pues se establece que no podrá ser mayor al 20% del valor del servicio prestado. Para el efecto, se delega en las comisiones de regulación correspondientes, la fijación dentro de este límite, del porcentaje que se debe cobrar.

En tratándose del servicio público de energía, el monto de éste se fijó directamente en un 20% del valor del servicio.(ley 223 de 1995, artículo 95).”

En el anterior orden de ideas, no tiene razón el demandante cuando señala que sólo a partir de la vigencia de la Resolución 093 de 1998, podría cobrarse la contribución especial eléctrica, pues, desde que se creó, el legislador estableció todos sus elementos esenciales, entre ellos, la base gravable, que como se precisó, corresponde al valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario y que no puede confundirse con las fórmulas tarifarias a cargo de la CREG para cobrar el servicio de energía. En consecuencia, no era necesaria reglamentación para efectos del cobro de la contribución.

Además, aunque para los usuarios no regulados, el servicio de energía se pacta con precios acordados libremente por las partes, ello no obsta para que no pueda cobrarse la contribución, pues independientemente que se trate de régimen tarifario o de libertad, el valor de la contribución corresponde

al valor del consumo, de manera que una vez pactado el precio de ese consumo, el 20% de ese valor corresponde a la contribución especial.

Como en las facturas 1510 y 1548 correspondientes a los meses de julio y agosto de 1998 respectivamente, Corelca incluyó en cada una, una contribución por \$136.766.364 y \$148.752.127, respectivamente, que corresponde al 20% del valor del consumo de energía, no hay razón para declarar la nulidad de los actos, por lo que se confirmará la decisión recurrida, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Reconócese personería al abogado Mateo Floriano Carrera para que represente a la Nación, Ministerio de Minas y Energía.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ