



Bogotá, D.C.

Asunto: Consulta sobre exención de contribución de solidaridad del sector eléctrico para buses eléctricos de Transmilenio

Respetado Señor Barragán:

Hemos recibido su solicitud de concepto en relación con la exención de contribución de solidaridad para la empresa Transmilenio. De manera previa a efectuar pronunciamiento exclusivamente desde la perspectiva de la citada contribución, resulta necesario efectuar las siguientes precisiones:

Antecedentes Normativos

- Contribución de Solidaridad

- El Régimen de los servicios públicos domiciliarios, el cual fue fijado por medio de la Ley 142 de 1994, señala en el artículo 87.3 lo que debe entenderse por solidaridad y redistribución, indicando que su fin será la posibilidad de que los usuarios de estratos altos y aquellos industriales y comerciales, puedan contribuir con el apoyo financiero que requieren los usuarios de estratos bajos para acceder a los servicios que suplan sus necesidades básicas.
- La misma ley establece lo siguiente en el artículo 89.1, al regular lo pertinente a la aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos:

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 (Negrita y subrayado fuera de texto)

- Más adelante se indica en el artículo 89.3:



Los recaudos que se obtengan al distinguir en las facturas de energía eléctrica y gas combustible, el factor o factores arriba dichos, y que den origen a superávits, después de aplicar el factor para subsidios y sólo por este concepto, en empresas oficiales o mixtas de orden nacional y privadas se incorporarán al presupuesto de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en un "fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos", donde se separen claramente los recursos y asignaciones de estos dos servicios y que el congreso destinará, como inversión social, a dar subsidios que permitan generar, distribuir y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados del petróleo.

- Adicionalmente en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en relación con los mencionados criterios de solidaridad y redistribución, señala de manera expresa en su numeral 7, aquellas entidades exentas del pago de la contribución de solidaridad:

Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro, no seguirán pagando sobre el valor de sus consumos el factor o factores de que trata este artículo. Lo anterior se aplicará por solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora del servicio público. Sin excepción, siempre pagarán el valor del consumo facturado al costo del servicio.

- En lineamiento con lo anterior, la Ley 286 de 1996 ratificó la exención planteada por la Ley 142 de 1994 y señaló en su artículo 5°, inciso 2°: “[q]uedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.”, sin adicionar ningún otro sujeto como excluido de tal contribución, pero precisando:

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 la red física pertenecientes al sector residencial de 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, a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. (Negrita y subrayado fuera de texto)

- La Ley 143 de 1994, señala en el artículo 47:

En concordancia con lo establecido en el literal h) del artículo 23 y en el artículo 6° de la presente Ley, aplíquense los factores 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 (...) (Negrita fuera del texto)

- El párrafo segundo del artículo 211 del Estatuto Tributario, modificado por la Ley 1430 de 2010 prescribe:

Parágrafo 2o. 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 industriales, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios comerciales, el veinte por ciento (20%) del costo de prestación del servicio. (Negrita y subrayado fuera de texto) (...)

Por su parte, el Decreto 2860 de 2013, al reglamentar la precitada norma estableció:

Artículo 1. Tienen derecho al tratamiento tributario consagrado en el párrafo 2º del artículo 211 del Estatuto Tributario, los usuarios industriales de energía eléctrica cuya actividad económica principal se encuentre registrada en el Registro Único Tributario (RUT), en los Códigos 011 a 360, 581 y 411 a 439 de la Resolución 000139 de 2012, expedida por la UAE - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Quedando entonces así establecidas las dos únicas exenciones al pago de la contribución de solidaridad, junto a aquella ya mencionada del artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994.

- Actividad Comercial

- El Código de Comercio, norma especial aplicable a la actividad comercial, establece de manera expresa los actos que han de tenerse como mercantiles y define quién ostenta la calidad de comerciante. Señala su artículo 10 y posteriormente el artículo 20 lo siguiente:

Artículo 10: Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

Artículo 20: Son mercantiles para todos los efectos legales:

(...)

11. Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados. (...)

- Consideraciones Jurídicas



Hecho el anterior recuento normativo, encontramos que la Ley 142 de 1994 establece expresamente los sujetos pasivos de la contribución de solidaridad así como aquellos que se pueden tener como exentos del pago de esta contribución.

No obstante, la reglamentación específica de la contribución de solidaridad según lo expuesto en este documento, estableció con claridad a las personas no obligadas al pago de la contribución de solidaridad, sin distinción de su naturaleza jurídica o composición accionaria.

En esa medida, se debe tener en cuenta que uno de los elementos de la contribución, son los sujetos pasivos, los cuales como se expuesto, fueron señalados de manera precisa por el legislador, de acuerdo a su actividad y por el nivel socioeconómico, estableciendo en ellos la carga del pago de tal contribución. No contempló el legislador ningún tipo de clasificación en relación con la calidad pública, priva o mixta de la persona natural o jurídica obligada.

Por lo anterior, consideramos que TRANSMILENIO S.A., al desarrollar la actividad comercial de servicio público de pasajeros, integra el grupo de los sujetos pasivos de categoría comercial, y por ende debe pagar la contribución de solidaridad, independientemente de si es o no una entidad estatal, en la medida en que en nuestro criterio, no se encuentra dentro de los sujetos no obligados al pago de esta contribución, según lo señalado en el recuento normativo contenido en este documento.

Finalmente, informamos que el presente concepto se emite conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la ley 1755 de 2015, en el marco de la situación planteada, para los fines expresamente consultados y se formula exclusivamente a la luz de las normas que a nuestro mejor saber y entender se encuentran vigentes en la materia a la fecha del presente documento. No admite, por lo tanto, suposiciones o interpretaciones análogas sobre situaciones de hecho que se le parezcan.

Cordialmente,

LUCAS ARBOLEDA HENAO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: María Alejandra Fonseca / OAJ
Revisó: Juan Manuel Andrade Morantes /Coordinador Grupo Energía OAJ
Aprobó Lucas Arboleda Henao/Jefe OAJ

Radicado No. 2019031988 15/05/2019