



El futuro
es de todos

Minenergía

Ministerio de Minas y Energía
Origen: OFICINA ASESORA JURIDICA
Rad: 2019083692 28-11-2019 02:35:01 PM
Anexos: 0
Destino: ECOPELROL - GERENCIA DE ENERGIA
Serie: 13.24.70 - CONCEPTOS JURIDICOS

13

Bogotá, D.C.

ASUNTO: Respuesta consulta aplicación de la normatividad sobre contribución de solidaridad del sector eléctrico para la actividad de producción marginal.

Hemos recibido su solicitud de concepto jurídico en relación con la contribución de solidaridad del sector eléctrico para la actividad de producción marginal, frente a la cual procedemos a hacer un breve recuento de las normas aplicables, para después, responder cada una de sus preguntas.

1. Normatividad aplicable

1.1. Los productores marginales

El numeral 14.15 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 define la calidad de productor marginal, independiente o para uso particular, como: *“... la persona natural o jurídica que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal”*.

Por su parte, el artículo 16 de la citada Ley 142 de 1994, establece que los productores de servicios marginales estarán sujetos a las normas pertinentes de la ley en relación con *“todos los actos o contratos que celebren para suministrar los bienes o servicios cuya prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos, a otras personas en forma masiva, o a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la ley, o en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia...”* Adicionalmente, el numeral 15.2 del artículo 15 de la Ley 142 de 1994 señala que pueden prestar los servicios públicos: *“Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos”*.

Página 1 de 9



Teniendo en cuenta lo anterior, a fin de determinar la aplicación de la Ley 142 de 1994 a los productores marginales, el artículo 18 establece que: *“La Empresa de servicios públicos tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta Ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa”*. El servicio público de energía eléctrica se encuentra definido en el numeral 14.25 como *“el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición”*. En dicho numeral también se establece que la Ley 142 aplica a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

De acuerdo con lo anterior, a los productores marginales de energía eléctrica les aplican las disposiciones pertinentes de la Ley 142 de 1994 cuando suministran alguno de los bienes o servicios propios de las empresas de servicios públicos de energía (i) a otras personas en forma masiva, o (ii) a cambio de cualquier clase de remuneración, o (iii) gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la ley, o (iv) en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia.

1.2. La contribución de solidaridad

La contribución de solidaridad se origina en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, según el cual *“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”*.

La Corte Constitucional al decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 5 de la Ley 286 de 1996, que introdujo modificaciones a las Leyes 142 y 143 de 1994, en relación con la contribución de solidaridad, expresó:

Dadas las características de este recargo, considera la Corte que éste es un impuesto con una destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes.

[...]

Según esta definición, si bien la contribución de que trata la ley 142 de 1994, grava sólo a un sector de la población, ello no desvirtúa su carácter general ni lo hace una renta parafiscal, pues en este caso, el gravamen se impuso teniendo en cuenta los criterios de justicia y equidad (artículo 95 y 338 de la Constitución), el de solidaridad (artículo 367) y no el elemento aglutinador que identifica a los sujetos pasivos de las rentas parafiscales. Por ejemplo, el pertenecer a determinada profesión, el ser productor de una materia prima determinada, etc.

En el caso en estudio, las condiciones socio económicas de un grupo de la población, fueron el factor que sirvió para determinar los sujetos pasivos de



esta contribución, circunstancia que no le imprime la naturaleza de parafiscal a este cobro, como tampoco le resta su carácter de renta general. [...]

Así las cosas, es necesario afirmar que la carga tributaria impuesta a los usuarios de servicios públicos de los estratos 5 y 6, y a los de los sectores industrial y comercial, es una renta de carácter nacional con una destinación específica, de las que excepcionalmente autoriza la Constitución, al estar destinadas a inversión social, término éste que en su momento fue definido por esta Corporación como "*gastos que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas [...]*".

En este sentido, los obligados inicialmente a pagar la contribución de solidaridad, según el artículo 89.1, eran los usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales. Sin embargo, a partir del 2012, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el Decreto 2860 de 2013, los usuarios industriales están eximidos de realizar tal contribución.

Tanto el artículo 89.1 de la Ley 142, como el artículo 47 de la Ley 143 de 1994, establecen que la tarifa a cobrar por concepto de contribución de solidaridad corresponde al 20% del valor del servicio.

El numeral 89.2, por su parte, dispone que el recaudo de la contribución de solidaridad lo deben realizar quienes presten los servicios públicos. En este sentido, el artículo 6 del Decreto 847 de 2001 establece:

Artículo 6º. Sujetos responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad. Son responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad, las siguientes personas:

1. Las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.
2. Las personas autorizadas conforme a la ley y a la regulación para comercializar energía eléctrica o gas combustible distribuido por red física.
3. Las personas que generen su propia energía, la enajenen a terceros y tengan una capacidad instalada superior a los 25.000 kilovatios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994.
4. Las personas que suministren o comercialicen gas combustible por red física con terceros en forma independiente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.5 de la Ley 142 de 1994.

¹ Sentencia C-086 de 1998



Parágrafo 1º. Las personas de que trata este artículo deberán transferir los superávits del valor de la contribución con sujeción a las instrucciones que para el efecto le indique el Ministerio de Minas y Energía - Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

Parágrafo 2º. Las personas que de acuerdo con el presente artículo recauden contribuciones de solidaridad, deberán hacer devoluciones a los usuarios de sumas cobradas por tal concepto, cuando éstos demuestren que tienen derecho a ello, según la ley, utilizando para ello el mecanismo que para tal fin prevé el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y harán los débitos correspondientes.

Además, el numeral 89.4 de la Ley 142 de 1994 dispuso que:

89.4 Quienes generen su propia energía, y la enajenen a terceros o asociados, y tengan una capacidad instalada superior a 25.000 Kilovatios, recaudarán y aportarán, en nombre de los consumidores de esa energía equivalente, al fondo de "solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o municipios en donde esta sea enajenada, la suma que resulte de aplicar el factor pertinente del 20% a su generación descontando de esta lo que vendan a empresas distribuidoras. Esta generación se evaluará al 80% de su capacidad instalada, y valorada con base en el costo promedio equivalente según nivel de tensión que se aplique en el respectivo municipio; o, si no la hay, en aquel municipio o distrito que lo tenga y cuya cabecera esté más próxima a la del municipio o distrito en el que se enajene dicha energía. El generador hará las declaraciones y pagos que correspondan, de acuerdo con los procedimientos que establezca la comisión de regulación de energía y gas domiciliario.

Asimismo, el numeral 89.6 dispuso: *"Los recursos que aquí se asignan a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" son públicos. Por lo tanto, quienes hagan los recaudos estarán sujetos a las normas sobre declaraciones y sanciones que se aplican a los retenedores en el Decreto 624 de 1989 y en las normas concordantes o que lo sustituyan..."* (Negritas fuera del texto original.)

Partiendo de que a los productores marginales les aplica, en lo que resulte pertinente, las disposiciones de la Ley 142 de 1994, la generalidad es que, en relación con la contribución de solidaridad, deberán ceñirse a lo dispuesto por los numerales 89.4 y 89.6. En efecto, el citado numeral 89.4 aporta claridad sobre el procedimiento a aplicar para determinar la contribución a recaudar y pagar, en los eventos en que como resultado de la relación económica con los usuarios del servicio que presta el productor marginal, no se cuente con medición de la energía entregada, como puede ocurrir con la energía entregada a un vinculado económico o de modo gratuito.

1.3. Las exenciones en la obligatoriedad del pago de la contribución

Con respecto a la contribución de solidaridad, se han constituido varias exenciones a su pago, entre las cuales se deben resaltar:



- a) El inciso segundo del artículo 5 de la Ley 286 de 1996, estableció una exención en el pago de la contribución de solidaridad, al indicar: “*Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.*” El mencionado artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994, dispone:

Quando 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.

- b) Así mismo, la Ley 1430 de 2010 dispuso en su artículo 2:

CONTRIBUCIÓN SECTOR ELÉCTRICO USUARIOS INDUSTRIALES. Modifíquese el parágrafo 2o y adiciónese un nuevo parágrafo al artículo 211 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 13 de la Ley 633 de 2000, el cual quedará así:

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.

Los usuarios industriales tendrán derecho a descontar del impuesto de renta a cargo por el año gravable 2011, el cincuenta por ciento (50%) del valor total de la sobretasa a que se refiere el presente parágrafo. La aplicación del descuento aquí previsto excluye la posibilidad de solicitar la sobretasa como deducible de la renta bruta.

A partir del año 2012, dichos usuarios no serán sujetos del cobro de esta sobretasa. Así mismo, el gobierno establecerá quién es el usuario industrial beneficiario del descuento y sujeto de la presente sobretasa.

Es importante mencionar que esta exención se reglamentó en el Decreto 2860 de 2013.

- c) El artículo 1 del Decreto 549 de 2007, hoy compilado en el Decreto 1073 de 2015, establece que “*La contribución de solidaridad que aplica a los usuarios del sector eléctrico, no se causará sobre la energía eléctrica producida por un autogenerador para la atención de sus propias necesidades.*”



2. Respuesta a la consulta

Expuestas las anteriores consideraciones, y con base en ellas, procede esta Oficina a atender las inquietudes planteadas en su escrito.

2.1 ¿El productor marginal de energía eléctrica bajo qué supuestos se debe hacer cargo del recaudo y pago de la contribución por solidaridad?

Según el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994, los productores marginales que generen su propia energía, la enajenen a terceros o asociados y tengan capacidad instalada superior a 25.000 Kilovatios, deberán recaudar y aportar la contribución de solidaridad.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 142 de 1994, a los productores marginales de energía eléctrica les aplican las disposiciones pertinentes de dicha ley cuando suministran alguno de los bienes o servicios propios de las empresas de servicios públicos de energía (i) a otras personas en forma masiva, o (ii) a cambio de cualquier clase de remuneración, o (iii) gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la ley, o (iv) en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia. En consecuencia, si un productor marginal presta el servicio público de energía en los términos del artículo 16, en concordancia con el artículo 89.2 de la Ley 142, también deberá recaudar y pagar la contribución de solidaridad.

2.2 Bajo el esquema del productor marginal de energía eléctrica en el evento en que éste (el productor marginal) enajene la energía producida a un tercero o asociado, ¿cuáles son los elementos configurativos del tributo – contribución por solidaridad? Esto es básicamente: ¿quién es el sujeto activo de la contribución? ¿quién el sujeto pasivo de la contribución? y ¿cuál es el hecho generador de la contribución?

El artículo 14 de la Ley 142 de 1994, define al productor marginal como aquel que utiliza recursos propios para producir servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, en este caso, de energía, para sí mismo o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella, o con sus socios, o miembros, o como subproducto de otra actividad principal.

En este sentido, cuando un productor marginal enajena energía producida a un tercero o asociado, tal tercero o asociado será el sujeto pasivo de la obligación, siempre y cuando, sea un usuario comercial o un usuario residencial de estrato 5 y 6. Según el artículo 89.3, el sujeto activo, por su parte, será la Nación - Ministerio de Minas y Energía, como administrador del Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos, sin perjuicio de que los sujetos que prestan el servicio público sean los agentes recaudadores. Por último, el hecho generador se determina por ser un usuario del servicio público de energía eléctrica.



2.3 Bajo el esquema del productor marginal de energía eléctrica en el evento en que éste (el productor marginal) se entienda no estar obligado a recaudar y pagar al Ministerio de Minas y Energía el valor de la contribución a nombre de un tercero o asociado al cual se está enajenando la energía, -por ejemplo, en razón a que la capacidad instalada es inferior a 25.000 kilovatios- ¿se entiende que subsiste la obligación de pagar la contribución en cabeza de dicho tercero o asociado aún cuando el productor marginal enajenante no tiene la obligación de recaudarla y trasladarla al Ministerio de Minas y Energía?

Teniendo en cuenta la respuesta a la primera pregunta, donde se explicó que, según el artículo 16 de la Ley 142 de 1994, al productor marginal se le puede aplicar dicha ley cuando preste el servicio (i) a otras personas en forma masiva, o (ii) a cambio de cualquier clase de remuneración, o (iii) gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la ley, o (iv) en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia, si alguno de esos supuestos se cumplen no importa si su capacidad instalada es inferior a 25.000 kilovatios. Como en este caso pareciera que el productor marginal recibe remuneración del tercero o asociado por el servicio público de energía eléctrica, consideramos que el productor marginal deberá recaudar y trasladar la contribución de solidaridad al Ministerio de Minas y Energía, cuando el tercero o asociado sea un usuario comercial o residencial de estrato 5 y 6.

2.4 En el evento en que la respuesta al anterior interrogante sea afirmativa, es decir, que se entienda que subsiste la obligación de pagar la contribución de solidaridad en cabeza de dicho tercero o asociado -aún cuando el productor marginal enajenante no tiene la obligación de recaudarla [sic] y pagarla-, se solicita al Ministerio de Minas y Energía indique cómo es la forma, procedimiento en que dicho obligado debería realizar el pago del tributo, a qué entidad o dependencia o qué agente debe recibir los recursos?

Al serles aplicable la Ley 142 de 1994 a los productores marginales, también lo son por remisión, los decretos reglamentarios de la citada ley. Por ello, todo lo relacionado con la liquidación, el cobro, el recaudo y el manejo de las contribuciones de solidaridad se puede consultar en el Decreto 847 de 2001, compilado en el Decreto Único Reglamentario del sector minas y energía, el 1073 de 2015. En este sentido, el artículo 5 del Decreto 847, modificado por el Decreto 201 de 2004, establece que: *“Las entidades prestadoras de servicios públicos, efectuarán y enviarán trimestralmente al Ministerio de Minas y Energía, la conciliación de sus cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en este artículo y la metodología establecida por el Ministerio de Minas y Energía.”* En consecuencia, corresponde al productor marginal recaudar en los términos que establece dicho decreto.

2.5 En caso de que no haya obligación de recaudo y de pago por parte del tercero o asociado (usuario final de la energía adquirida del Productor Marginal), ¿Cuál es el mecanismo para solicitar al Ministerio la devolución de los recursos



trasladados?; ¿Quién debería formular la solicitud de devolución al Ministerio de Minas y Energía –Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos?

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, si acaso hubiera lugar a una devolución de la contribución de solidaridad debido a que el tercero o asociado es un usuario exento, o por cualquier otra razón, el artículo 89.6 dispone que quien haga el recaudo también deberá hacer devoluciones cuando el usuario demuestre que tiene derecho a ellas.

En este sentido, el Decreto 847 de 2001, establece en el párrafo segundo del artículo 6: *“Las personas que de acuerdo con el presente artículo recauden contribuciones de solidaridad, deberán hacer devoluciones a los usuarios de sumas cobradas por tal concepto, cuando éstos demuestren que tienen derecho a ello, según la ley, utilizando para ello el mecanismo que para tal fin prevé el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y harán los débitos correspondientes.”*

Por su parte, el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 que faculta al suscriptor o usuario para interponer los recursos de reposición y apelación en contra, entre otras actuaciones, de la facturación, establece en el inciso tercero: *“En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos.”*

Además, es importante recordar que, para acceder a la aplicación de la exención en el cobro de la contribución de solidaridad, los usuarios que se crean con derecho a ello, deben demostrar ante la respectiva entidad prestadora del servicio, en este caso, ante el productor marginal que les entrega la energía, que reúnen los requisitos para no pagar la contribución de solidaridad (art. 89.7 de la Ley 142 de 1994; art. 4, Decreto 2860 de 2013).

De conformidad con lo anterior, la devolución de la contribución de solidaridad procede respecto de los últimos 5 cobros incluidos en las respectivas facturas (y que se hubieren pagado), anteriores a la reclamación, siempre y cuando el interesado, presente ante la empresa prestadora del servicio la solicitud en los términos antes mencionados. Por tanto, si el productor marginal encuentra procedente la devolución, deberá efectuarla e informar de tal devolución dentro del reporte trimestral que debe ser entregado a la Dirección de Energía del Ministerio de Minas y Energía para su validación.

2.6 Cuál es el procedimiento aplicable en el caso en que un Productor Marginal dada su capacidad instalada superior a 25.000 Kv deba recaudar y aportar en nombre del usuario final de esa energía (quien la consume), la contribución por solidaridad de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 y 89.4 de la Ley 142 de 1994, y dicho usuario final, a modo de ejemplo, tiene como actividad principal la “extracción de petróleo crudo” encontrada en el código CIU 0610 de la Resolución 139 de 2012 de la DIAN y que conforme a las disposiciones del artículo 211 Parágrafo 2 del Estatuto Tributario y Decreto 2860 de 2013, ¿dicha actividad se




encuentra exenta del pago de la contribución? ¿Ante quien se solicita la exención?
¿El procedimiento previsto en el Decreto 2860 de 2013 puede ser aplicado al
productor marginal conforme a lo previsto en la Ley 142 de 1994 numeral 89.4?

El productor marginal se encuentra obligado a recaudar la contribución, independientemente de su capacidad instalada, siempre que entregue energía eléctrica a un usuario que ostente la calidad de sujeto pasivo de la contribución, a menos que este último se encuentre excluido del pago del impuesto por encontrarse inmerso dentro de alguna de las exenciones establecidas por la ley, caso en el cual se deberá proceder como se indicó en el numeral 2.5.

Finalmente, informamos que el presente concepto se emite conforme a lo dispuesto por el artículo 28 del CPACA, 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: Belfredi Prieto Osorno/Abogado OAJ
Revisó: Paola Galeano Echeverri/Coordinadora OAJ
Aprobó: Lucas Arboleda Henao/Jefe OAJ 

Radicado: 2019 029147 del 03-05-2019
2019 026696 del 22-04-2019

