

CONTRIBUCION POR TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Finalidad y destinación de los recursos / SUJETOS ACTIVOS DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Enumeración / SUJETOS PASIVOS DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Enumeración

El antecedente legal de este tributo es el artículo 12 de la Ley 56 de 1981 que establecía que las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica, con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, debían destinar el 4 por ciento del valor de las ventas de energía, liquidadas a la tarifa de ventas en bloque, para inversión en los siguientes fines, por partes iguales y en forma exclusiva: a) Reforestación y protección de recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica, si se trata de centrales hidroeléctricas, y protección del medio ambiente en los municipios de ubicación de las plantas y en las regiones productoras de combustibles utilizados en la generación, cuando se trate de centrales térmicas y, b) Programas de electrificación rural, con prioridad en las zonas determinadas en el literal a). La norma definía que el valor de las ventas en bloque de energía se determinaba por el resultado de multiplicar el número de kilovatios despachados por el precio unitario que para ventas en bloque señalaba el Ministerio de Minas y Energía. Esta disposición fue derogada por la Ley 99 de 1993. La Corte mediante Sentencia C-495 de 1998 declaró la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, y en cuanto a la naturaleza del tributo precisó que aunque la ley no determinaba cuál era la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia, era indudable que no se trataba de un impuesto de las entidades territoriales, sino que era una contribución establecida con la necesidad de que quienes hicieran uso de los recursos naturales renovables, o utilizaran en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, cargaran con los costos que demandara el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. Es decir, a juicio de la Corte Constitucional la contribución tiene una finalidad compensatoria, por lo que resultaba constitucional que sus recursos se destinaran a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental; además de gozar del respaldo constitucional de que todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es un asunto de interés nacional, en el cual está autorizada la intervención del legislador.

HECHO GENERADOR DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Es la generación de energía / BASE GRAVABLE DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Son las ventas brutas por generación propia / TARIFA DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Es la señalada por la comisión de regulación de energía y gas

El hecho generador según se estableció en la Ley 99 de 1993 fue la generación de energía, lo cual es confirmado por la Ley 143 de 1994 pues un elemento común en todos los sujetos pasivos enlistados anteriormente, es que producen o generan energía, bien para consumo propio o para la venta o para la cesión a sus socios y/o asociados. En efecto, conforme a la resolución 055 de 28 de diciembre de 1994, por la cual se regula la actividad de generación de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispuso en el artículo 1º una serie de definiciones para interpretar las disposiciones aplicables a la actividad de generación. El artículo 10 de la mencionada resolución dispone en cuanto a la comercialización de la energía proveniente de productores marginales, independientes o para uso particular que en el caso de empresas que operen plantas de generación o cogeneración que generen energía en forma marginal o para uso particular, se aplicarán las disposiciones de esta resolución y las normas pertinentes establecidas en las

normas legales vigentes a todos los actos y contratos que celebren para la venta de energía a terceros a través de la red pública, en exceso de la electricidad que se use en sus propias operaciones, a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente con quienes tengan vinculación económica con ellas, o en cualquier manera que pueda reducir la libre competencia en el sector eléctrico. Es decir, si el productor marginal o independiente produce la energía para su uso particular, es tanto así como un autogenerador, pero si vende o cede sus excedentes, actuaría como un cogenerador, como se verá enseguida. En el tema concreto de los autogeneradores, la CREG con el fin de reglamentar la actividad a que se refiere el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, por medio de la Resolución 084 de 1996, señaló que para efectos de esa resolución y en general para interpretar las disposiciones aplicables a la actividad de autogeneración

GENERACION PROPIA DE ENERGIA - Se le descuenta el consumo propio de la planta para establecer la base gravable de la transferencia / COGENERADORAS DE ENERGIA - Su base gravable para la transferencia es la venta bruta por generación de energía / AUTOGENERADORES DE ENERGIA ELECTRICA - Son sujetos pasivos de la transferencia del sector eléctrico

En el caso de los cogeneradores la actividad productiva está destinada al consumo propio o de terceros y destinadas a procesos industriales o comerciales, es decir, los cogeneradores son aquellos que producen energía para su consumo y venden los excedentes, razón por la cual, la definición legal de base gravable también corresponde a este tipo de productores de energía. Finalmente, a las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas producen, le es aplicable esta base gravable, pues, pueden ceder o repartir energía entre sus socios o vinculados, sin que exista venta y en todo caso, la contribución se calcula sobre la generación propia. La tarifa según el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 es del 6 por ciento para las generadoras y 4 por ciento para las centrales térmicas. De acuerdo con lo anterior, es claro que los sujetos pasivos de las transferencias están comprendidos tanto en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, como en el 54 de la Ley 143 de 1994 y no incluyen, a los comercializadores puros, sólo incluyen a los productores de energía. Para la Sala, la finalidad gramatical de las “comas” en el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 no es explicativa, sino enunciativa, es decir, para separar sujetos de igual categoría frente al tributo, de allí que cada sujeto este precedido de los artículos “los” y “las”. Además, los autogeneradores no venden los excedentes de energía, son autogeneradores precisamente porque consumen toda la energía que producen y pierden ese carácter en el evento en que vendan sus excedentes. La actora le da un alcance equivocado al hecho de que al autogenerador se le aplique la expresión “generación propia”, pues el concepto generación propia como aquella “generación de energía que produce la planta a la que se debe descontar el consumo propio de la planta”, significa que se descuenta el consumo propio de la planta no de la empresa que se abastece de la planta. En todos los casos, trátase de venta, autoconsumo o reparto o entrega de energía, la base gravable es la misma “venta bruta por generación propia de energía” entendida como tal, la generación propia de energía por tarifa que para venta en bloque de energía establezca la CREG. Es decir, en todos los casos, de la generación se descuenta el consumo propio de la planta.

AUTOGENERADORES – Se les aplica la Ley 143 de 1994

No es de recibo el argumento de la recurrente según el cual la Ley 143 de 1994 no es aplicable a las autogeneradoras porque no hacen parte del servicio público de

energía eléctrica, pues, en primer término la mencionada ley establece el régimen de las actividades de generación (dentro de la cual están los autogeneradores), interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que se denominan actividades del sector (artículo 1ib.), y en segundo lugar, la transferencia del sector eléctrico prevista en el artículo 54 ibídem, no distingue si el sujeto pasivo hace parte del servicio público domiciliario de energía o no, que es al que se refiere el artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, citada por la actora. Además, conforme al artículo 15,2 ibídem, entre las personas que prestan servicios públicos, están las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, como en el primer evento lo hacen los autogeneradores. Así las cosas, en el presente caso, BP Exploration Company – Colombia – Limited es un autogenerador de energía sometido a la transferencia del sector eléctrico sobre la generación propia de energía multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto, según lo definió el artículo 54 de la Ley 143 de 1994. Desde esta perspectiva, los actos administrativos demandados se ajustaron a derecho.

FALTA DE NOTIFICACION – No conlleva a la nulidad del acto sino a la inoponibilidad

Sin embargo, en el evento que la mencionada resolución no hubiese sido notificada a la parte demandada, esto no significa per se que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico, toda vez que la existencia del acto administrativo se da desde el momento mismo de su expedición por parte de la administración, mas no desde su notificación, llevando en si mismo la facultad implícita de producir efectos jurídicos como manifestación de la voluntad que lo caracteriza, bajo el amparo del atributo de la presunción de legalidad. La falta de publicación o notificación del acto administrativo, se reitera, no afecta ni la existencia ni la validez del mismo, mientras que, su eficacia, si se encuentra condicionada a la publicidad de aquel conforme con las reglas establecidas en los artículos 43 y 44 del Código Contencioso Administrativo, lo cual tiene como consecuencia, que ante la falta de publicación o notificación, el acto administrativo no adquiere firmeza, y por ende no puede ser ejecutado por la misma autoridad que lo profirió.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 43 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 44

EXCEPCION DE PRESCRIPCION – Solo se aplica en el proceso de cobro coactivo no en el de determinación / COBRO COACTIVO – Procedimiento / ACCION DE COBRO – No puede iniciarse sino hasta que se concrete la obligación tributaria

Esta glosa se fundamenta en el artículo 817 del Estatuto Tributario que regula la prescripción de la acción de cobro en las actuaciones fiscales, delimitándose así el alcance de la disposición legal, en cuanto queda claro que sólo se aplica a los procesos de cobro, no a los de determinación del tributo, como es el que ocupa la atención de la sala. No obstante, los actos acusados no se profirieron en sede del proceso administrativo de cobro coactivo, sino en el del trámite establecido para la liquidación de transferencias del sector eléctrico, a la luz del artículo 4º del Decreto 1933 de 1994. De acuerdo con la norma pretranscrita, se requiere que la empresa privada mediante comunicación haga la liquidación. Para los fines del artículo 817 del Estatuto Tributario dicho documento sería el documento

constitutivo de título ejecutivo para proceder al cobro. En este caso no se presentaron tales comunicaciones, de manera que el título ejecutivo debía conformarse con las liquidaciones oficiales de las transferencias, las cuales, una vez en firme y ejecutoriadas sirven de fundamento para proceder al cobro. En efecto, el proceso de cobro se inicia con el mandamiento de pago y con base en un título ejecutivo, que es el que se conformó por medio de los actos demandados, por tanto, la excepción de prescripción que invoca la demandante con fundamento en el tantas veces referido artículo 817, sólo es dable plantearla como excepción cuando efectivamente se inicie el mencionado trámite de cobro, pues, según el numeral primero de dicha norma, para las declaraciones presentadas oportunamente los cinco años se cuentan desde la fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional. Independientemente de que se considerara la norma mencionada antes de la modificación que le introdujo la Ley 788 de 2002, el argumento de la actora refiere a la acción de cobro, que no podía iniciarse sino hasta que se concretara la obligación tributaria en forma clara, expresa y exigible a través de un título ejecutivo.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 817

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D. C. dieciséis (16) de septiembre del dos mil once (2011)

Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00361-01(17546)

Actor: B. P. EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED

Demandado: EL MUNICIPIO DE AGUAZUL-CASANARE

FALLO

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 26 de noviembre del 2008, por la cual el Tribunal Administrativo de Casanare decidió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso contra los actos administrativos que liquidaron la transferencia al sector eléctrico a su cargo por los años 1999 a 2003, a favor del Municipio de Aguazul (Casanare).

Dicho fallo dispuso:

“Primero: Denegar las súplicas de la demanda.”

ANTECEDENTES

BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED es una sociedad dedicada a la exploración, explotación, desarrollo, investigación y mercadeo de aceites

minerales o petróleo, hidrocarburos de toda clase, productos derivados de los mismos, minerales y productos mineros.

En desarrollo de dicho objeto suscribió contratos de asociación con ECOPETROL, para la explotación de los campos petroleros de Cusiana y Cupiagua, en cuyo complejo instaló generadores de energía eléctrica, en el año 1999, con una capacidad instalada de 43.54 MW.

La Ley 99 de 1993 (art. 45) previó que las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada total superara los 10.000 kilovatios, debían transferir el 6 por ciento de las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que señalara la Comisión de Regulación Energética para ventas en bloque.

A su vez, la Ley 143 de 1994 (art. 54) dispuso que los autogeneradores, las empresas que vendieran excedentes de energía eléctrica y las personas jurídicas privadas que entregaran o repartieran a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que produjeran, estaban obligados a cancelar la transferencia al sector eléctrico que estableció el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

Con fundamento en dichas normas, el Municipio de Aguazul (Casanare) requirió a la demandante para que pagara la mencionada transferencia por el hecho de generar energía en el complejo petrolero de Cupiagua durante los años 1999 a 2003, inclusive. La actora se opuso a dicha decisión.

Mediante Resolución No. 204 del 15 de diciembre del 2003, la tesorera municipal de Aguazul liquidó la transferencia referida y declaró deudor moroso a la demandante por no haberla realizado en cuantía de \$653.604.440.57, durante los meses comprendidos entre enero de 1995 y septiembre del 2003, liquidándola a 31 de diciembre de ese año, más los intereses moratorios generados desde el 1º de enero del 2004 hasta el día en que se realizara el pago.

La anterior decisión se confirmó por Resolución 070 del 29 de abril del 2005, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la misma.

LA DEMANDA

BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD. demandó la nulidad de las Resoluciones Nos. 204 del 15 de diciembre del 2003 y 070 del 29 de abril del 2005. A título de restablecimiento del derecho pidió que se declare que **no es sujeto pasivo** de las transferencias al sector eléctrico y que, por consiguiente, no está obligada a pagar suma alguna a favor del municipio de Aguazul (Casanare).

La demandante citó como violados los artículos 29 de la Constitución Política; 730 y 817 del Estatuto Tributario; 45 de la Ley 99 de 1993; 3, 4, 5, 11 y 54 de la Ley 143 de 1994; 1º del Decreto 1933 de 1994 y 44 del Código Contencioso Administrativo. Sobre el concepto de violación expuso:

Las transferencias al sector eléctrico reguladas por las leyes 99 de 1993 y 143 de 1994 son una contribución fiscal impuesta para financiar los gastos de funcionamiento e inversión de la función ambiental y que, de acuerdo con la sentencia C-495 de 1998, tienen su razón de ser en la necesidad de que quienes usan los recursos naturales renovables o utilizan en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente,

carguen con los costos que demanda el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente.

De acuerdo con esa naturaleza jurídica, las transferencias se encuentran sujetas al término de prescripción previsto en el artículo 817 del Estatuto Tributario, y no al estipulado en el Código Civil. Dado que el término para pagar las transferencias es de 90 días siguientes al mes en que se liquidan, el demandado podría cobrar las correspondientes al periodo comprendido entre abril del 2000 y el mismo mes del 2003, no así las de los años 1999 a 2000, equivalentes a \$206.405.933.75, porque respecto de éstas decayó su potestad liquidatoria y de cobro.

La Resolución No. 204 del 15 de diciembre del 2003 se notificó personalmente el 13 de abril del 2005. Como las normas locales del Municipio de Aguazul, la Ley 99 de 1993 y el Estatuto Tributario no establecieron un término especial para notificar los actos de liquidación de las transferencias al sector eléctrico, la misma se rige por el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo que ordena enviar una citación al interesado en la actuación administrativa, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto que lo afecta, en tanto que la citación al demandante se envió el 1º de abril del 2005, es decir, 1 año, 3 meses y 21 días después de haber vencido los 5 días establecidos en el mencionado código. Por lo tanto, la mencionada resolución se encuentra viciada de nulidad.

La finalidad compensatoria de la contribución hace constitucional que sus recursos se destinen a los proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental, máxime cuando todo lo relacionado con la defensa y protección del ambiente es un asunto que concierne a los intereses nacionales en los que está autorizada la intervención del legislador.

Dicha contribución tiene su origen en la inversión forzosa que estableció la Ley 56 de 1981 (art. 12) para reforestar y proteger los recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica para los casos de hidroeléctricas y, si se trataba de térmicas, para las regiones productoras de los combustibles. Los sujetos pasivos que deben pagarla son los mencionados en los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994, es decir, las empresas generadoras de energía, sobre sus ventas por generación propia, al igual que las autogeneradoras que venden excedentes de energía eléctrica y que entregan o reparten a cualquier título la energía que producen, entre sus socios.

Tales normas mantienen el hecho generador de la contribución, esto es, la generación de energía térmica e hidroeléctrica que se vende, adicionando los eventos de simple entrega o reparto a otros sujetos distintos de los que la producen. La potencia instalada refiere a las generadoras y autogeneradoras obligadas a contribuir.

Según las disposiciones mencionadas, la contribución grava a los sujetos pasivos en su condición de generadores de energía bajo ciertas condiciones y no simplemente a las empresas que la venden o comercializan. El concepto de empresas que venden energía no se puede interpretar aisladamente para referirse a las que se limitan a enajenarla, sino también a las autogeneradoras que la entregan o reparten, venden sus excedentes y los entregan o reparten a sus socios; la simple autogeneración sin venta de excedentes o transferencia de los mismos o de energía eléctrica, no está gravada, precisamente porque el artículo 54 de la Ley 143 no se refiere únicamente a las comercializadoras y consumidoras, sino que alude a la venta como especificación del hecho generador de la contribución y no como evento autónomo para otras empresas.

Así pues, los autogeneradores como BP EXPLORATION COMPANY – COLOMBIA LTD., son sujetos pasivos sólo si cumplen las demás condiciones para el pago del tributo (venta de excedentes de energía, entrega y reparto a cualquier título entre socios y/o asociados de los sujetos pasivos), y como la simple comercialización no está gravada, la hipótesis de venta y cesión es una especificación del hecho generador para los casos en que el autogenerador vende, cede o traspasa energía a terceros.

Por regla general, la energía producida en los campos petroleros se usa para la operación de motores y cargas del proceso de separación, el tratamiento, comprensión y reinyección del gas, el tratamiento y bombeo del crudo, el tratamiento y reinyección del agua de producción, y la operación de motores auxiliares y plantas de tratamiento de inyección de agua para así evitar el desperdicio del combustible en la producción de hidrocarburos. Es decir que dicha energía no se vende, cede ni traspasa a los terceros y a los asociados en virtud del contrato de asociación.

Las partes coinciden en que las transferencias cobradas no son un impuesto y en que tienen fundamento constitucional, pero difieren en cuanto a la existencia del hecho que las genera.

En efecto, según la demandante, no realizó ventas, cesiones o traspasos de energía ni a terceros ni a sus asociados, porque la que produjo la empleó exclusivamente en el campo petrolero entregando únicamente el producido de la explotación del crudo para que cada uno de los asociados recibiera el producto empresarial como una participación en la producción de hidrocarburos, no como una porción de energía, agua, insumos, costos y gastos de explotación.

Contrario sensu, el Municipio estima que la contribución se causa por el simple hecho de generar energía y por la necesidad de conservar el medio ambiente, y sostiene que deben pagarla todos los generadores y autogeneradores así la venta y el autoconsumo tuviera fines diferentes; a partir de ello, concluye que los sujetos pasivos autogeneradores son también los que producen energía.

No todos los generadores ni autogeneradores quedaron gravados por el solo hecho de producir energía o contaminar el medio ambiente, ni la transferencia es una tasa retributiva o compensatoria por daño ecológico, la cual sólo se cobra por contaminar.

Previa alusión al contrato de asociación que suscribió con ECOPETROL y a su declaratoria de comercialidad, conforme con la cual todos los pagos, gastos, inversiones, costos y obligaciones contraídas para desarrollar la operación conjunta se cargan a una cuenta común que desvirtúa el argumento de la cesión o traspaso entre los codueños, porque no puede haber cesión de algo que ya les pertenece.

En virtud de dicho contrato la generación eléctrica que se produce no está llamada a comercializarse porque tal actividad es ajena al objeto social de la actora, quien consume toda la energía que produce sin comercializarla ni cederla a terceros, porque de por medio existe una comunidad de bienes.

Para determinar la base gravable de la transferencia, el Municipio asimila la noción de ventas brutas de energía por generación propia, con la de energía producida y

consumida en el complejo de Cuapiagua, no obstante que el autoconsumo total descarta la existencia de ventas y transferencias.

Las Leyes 99 de 1993 y 143 de 1994 no tomaron el valor de la venta bruta que consta en la factura o en la respectiva transacción, sino el de las ventas brutas por generación propia, incluyendo la venta de excedentes y la entrega, reparto o cesión, multiplicada por una tarifa preestablecida por la CREG, que en el régimen de la Ley 56 de 1981 era fijada por el Ministerio de Minas y Energía y se definía como venta en bloque de energía eléctrica.

La tarifa de ventas en bloque está dada en kilovatios-hora, y una vez ésta se multiplica por las ventas o cesiones de generación propia pueden cuantificarse las operaciones gravadas aunque no se hayan realizado compraventas comerciales ni exista, por ende, un precio contractual.

Así pues, los actos demandados no debieron tomar como base de liquidación la generación propia sino las ventas (incluidas las cesiones), estableciendo la tarifa de venta en bloque de energía según lo previsto en la Resolución CREG No. 60 de 1995 que, a su vez, sirve de base gravable. Ello conduce a que dichos actos sean nulos, porque a pesar de que se aceptan el origen legal de la obligación, se apartan de la normativa vigente para extenderla a la demandante, no obstante que ésta **no es sujeto pasivo** del tributo, en cuanto no cede, vende ni traspasa energía sino que la consume en su totalidad en la instalación del complejo petrolero de Cupiagua.

Todas las dependencias de la operación industrial se sirven de la energía eléctrica que produce la demandante y como aquéllas conforman la comunidad organizada constituida por los asociados del contrato, no existen transferencias inter partes ni a terceros bajo ningún título. La inexistencia de transferencias impide aplicar la base controlada por la CREG para la generación propia y restarle la energía importada, pues tal cálculo presupone la existencia de ventas e interconexión con el sistema eléctrico.

Aunque la demandante **no es sujeto pasivo** de las transferencias al sector eléctrico, cumple con los fines de la misma, en ejercicio del deber de protección al medio ambiente, pagando las tasas retributivas que la ley establece; la distinción entre tasas retributivas y compensatorias y contribución por transferencias al sector eléctrico, a través de sentencias como la C-495 de 1996, impiden que los argumentos de uso y contaminación del medio ambiente legitimen dichas transferencias. La autoridad ambiental no puede cobrar contribuciones que no correspondan al contenido de la ley o con desviación de poder.

La contribución es una actividad de alto impacto ambiental, que sólo se cobra a las empresas generadoras de energía que cuentan con la capacidad contributiva derivada de las ventas brutas de la energía que generan, de modo que si no se alcanzan los 10.000 kilovatios o no hay ventas brutas o cesiones tampoco hay contribución.

La Ley 143 de 1994 regula el servicio público de energía que comprende la generación de la misma, su distribución y entrega al consumidor final para satisfacer sus necesidades; por tanto, dicha ley no se aplica a los autogeneradores que no venden, ceden ni distribuyen energía a terceros, como ocurre con la empresa petrolera demandante.

El objeto de los autogeneradores-consumidores que no pertenecen al sector eléctrico de servicios públicos no es el de prestar servicios públicos ni complementarlos, como tampoco el de vender, ceder y/o traspasar la energía que generan, porque está la destinan a su consumo.

El artículo 54 de la mencionada Ley 143 incluyó a los autogeneradores, porque éstos entregan o reparten energía a terceros a cualquier título y para propósitos diferentes al desarrollo contractual, dentro de la noción del servicio público.

El Concepto del 6 de agosto del 2003 (exp. 1514), proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, no obliga a la demandante, máxime cuando los elementos de la obligación tributaria de transferencias al sector eléctrico no se concretan en su cabeza, pues uno de sus presupuestos es la generación de energía eléctrica con potencia nominal instalada que supere los 10.000KW, y la determinación de ese aspecto del hecho generador se delegó en el Ministerio de Minas y Energía.

La gestión del tributo, entonces, es dual, porque el Ministerio de Minas y Energía certifica la generación de energía con la expedición de un acto previo declarativo sobre tales circunstancias, previas las inspecciones técnicas de rigor, con fundamento en el cual el Municipio de Aguazul expidió la correspondiente liquidación de transferencias.

En el caso concreto, dicha certificación no distinguió los periodos en los que la demandante alcanzó el límite de los 10.000 KW ni depuró la potencia con el consumo propio, como tampoco certificó las cesiones o traspasos.

La liquidación oficial demandada se fundamentó en el valor actualizado por Corporinoquia que, a su vez, se fundamentó en un acto previo desconocido por el afectado y respecto del cual no se agotó la vía gubernativa, cual es la Resolución No. 181558 del 2002, que determinó la capacidad nominal instalada de las unidades generadoras de energía eléctrica que operan en los complejos petroleros CPF de Cusiana y Cupiagua.

La referida resolución no se notificó a la actora so pretexto de tener carácter general, no obstante tratarse de una decisión particular que debía darse a conocer en la forma prevista por el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo o, en su defecto, por la señalada en el artículo 45 ibídem. La falta de los requisitos señalados en dichas normas implica que la notificación no se tiene por hecha y que, por tanto, la decisión tampoco puede producir efectos legales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Aguazul propuso las excepciones que denominó “aplicación del debido proceso en la normatividad citada para el procedimiento administrativo por parte del municipio”, “elementos de la obligación de la transferencia del sector eléctrico en los autogeneradores”, “estricto cumplimiento de un deber legal”, “el respeto a la ley y primacía del derecho sustancial”, “obligatoriedad de compensar por parte del operador, por el hecho de contaminar el medio ambiente y legitimidad del municipio para liquidar la transferencia”, “prescripción de la acción de cobro” y “ámbito de aplicación de la Ley 143 de 1994”. Tales glosas las fundamentó en lo siguiente:

En la actuación administrativa enjuiciada se respetó la legalidad y el debido proceso pues, de acuerdo con las normas vigentes, no existe un trámite especial

para el cobro de la transferencia al sector eléctrico, y al no ser éste un impuesto era improcedente aplicar el Estatuto Tributario dado que nadie puede ser juzgado mediante un procedimiento que no esté previamente definido.

Según la Ley 99 de 1993, los generadores y autogeneradores de energía y las personas jurídicas privadas que entregan o repartan la energía que producen entre sus socios y/o asociados a cualquier título, son sujetos pasivos de la transferencia al sector eléctrico; en consecuencia, la demandante posee dicha calidad porque, de una parte, es autogeneradora de energía y, de la otra, entrega o reparte la energía que genera al Oleoducto Central Ocesa S. A.

Sobre el particular, cita los Conceptos 1514 del 6 de agosto del 2003 y 922 del 2 de diciembre de 1996 (fls. 241 a 246) de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con base en los cuales concluye que los autogeneradores de energía, independientemente de la fuente hidráulica o térmica a partir de la cual producen aquélla, son sujetos pasivos del régimen de transferencias establecido en la ley.

El hecho gravado para la contribución por transferencias al sector eléctrico es diferente para los generadores y los autogeneradores, los primeros regulados por la Ley 45 de 1993 (art. 45) y los segundos por la Ley 143 de 1994.

Según el señalado Concepto del 3 de agosto del 2003 y específicamente los apartes transcritos en los folios 247 a 251, para los autogeneradores las ventas brutas se calculan como la generación propia multiplicada por la tarifa que señala la CREG; con lo cual dicha generación, a la que se le debe descontar el consumo propio de la energía, se equipara al hecho gravable “ventas brutas por generación propia” aplicable a la actividad de las generadoras.

Los intérpretes legales no pueden hacer distinciones entre los autogeneradores hidráulicos y térmicos como sujetos pasivos del régimen de transferencias, pues, de acuerdo con el artículo 338 de la Constitución Política, la definición de los elementos esenciales del tributo no los establece el reglamento ni la jurisprudencia.

La liquidación de la transferencia para los generadores se mide por los kw/h que vendan al mercado eléctrico. Para los autogeneradores que no venden pero que producen energía para su consumo o el de sus asociados, la Ley 143 de 1994 establece el procedimiento que permite comparar las ventas a que refiere la Ley 99 de 1993 con la energía que producen.

Previo recuento legal de las transferencias al sector eléctrico, destaca que el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 señaló como sujetos pasivos a todos los generadores de energía térmica o hidráulica, y que el artículo 54 de la Ley 143 incluyó a los autogeneradores entre los obligados a pagar esa transferencia.

Los propietarios de las plantas de energía eléctrica se sometieron a un régimen especial para pagar los tributos causados por la utilización de recursos naturales no renovables y el resarcimiento de eventuales daños ambientales propiciados por la Construcción de los respectivos proyectos.

Las resoluciones demandadas se expidieron bajo el régimen de supremacía de la ley, siendo legales y válidos. En la actuación administrativa no se expidieron actos ocultos ni se violó el derecho de defensa de la actora.

La demandante conoció la Resolución N° 181558 del 30 de diciembre del 2002, desde que se le expidió el requerimiento especial. Desde ese momento participó como interviniente el Ministerio de Minas y Energía la información que éste aportó para efecto de liquidar las transferencias adeudadas por la actora, fue la misma que ésta suministró a CORPORINOQUIA el 21 de enero del 2002 y que se corroboró en visita del 11 de septiembre del mismo año. Desconocer esa realidad para invocar una irregular expedición implicaría dar prevalencia a lo formal sobre lo sustancial.

El cobro que ordenan los actos demandados tiene respaldo constitucional y legal (Leyes 99 de 1993, 143 de 1994, Decreto 1933 de 1994, Resolución 181558 del 30 de diciembre del 2002) que, en sí mismo, salvaguarda los principios de justicia y equidad, máxime cuando la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la obligatoriedad del pago por parte de los autogeneradores de energía.

De acuerdo con el significado gramatical de la palabra “transferencias”, entre ellas las corrientes y las realizadas al sector público, se entiende que las mismas no son exclusivas de los entes públicos sino que también pueden hacerse a entes privados como lo señala el Decreto 1933 de 1994; desconocer ese alcance contraviene el principio de interpretación jurídica establecido en el artículo 27 del Código Civil.

El contrato de asociación celebrado con ECOPETROL no afecta la aplicación de las normas que motivaron los actos demandados, porque en aquél se pactó la cláusula de “aplicación de las leyes colombianas”.

Las transferencias al sector eléctrico deben pagarse para compensar, reparar, indemnizar o resarcir el daño que las termoeléctricas causan a la atmósfera, la cual se ve contaminada por gases y material particulado, ruido y olores que afectan la calidad del aire y transgreden las normas sobre emisión del mismo (Decretos 2 de 1982 y 948 de 1995).

Dado que la Administración Municipal protege el derecho colectivo al ambiente sano, ella es propietaria del 100 por ciento de la transferencia por parte del operador del contrato de asociación con cargo a la cuenta conjunta, pues en dicha materia rige el principio ambiental “el que contamina paga” que implica una responsabilidad objetiva, es decir, sin culpa.

Comoquiera que la transferencia constituye una participación y/o aporte, no un tributo u obligación fiscal, su cobro no se sujeta a las normas de prescripción del Estatuto Tributario sino a las del Código Civil.

Los daños ambientales por las emisiones al aire ocurren por el simple hecho de que los generadores y autogeneradores produzcan energía con recursos naturales, independientemente de que la vendan o autoconsuman.

De acuerdo con la noción de autogenerador prevista en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994 y en las resoluciones CREG 003, 053 y 055 de 1994, la tendencia regulatoria es delimitar el ámbito de acción de tales agentes quienes, a su vez, deben observar ciertas reglas para mantener su estatus.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda, advirtiendo que las excepciones propuestas por la oposición son razones de fondo y como tales debían estudiarse.

Para resolver, retoma la sentencia del 17 de mayo del 2007 proferida por el mismo Tribunal en el expediente 2003-00373-00, cuyos apartes transcribe en las páginas 330 a 334. Con base en dicha providencia concluyó que la demandante es sujeto pasivo de la contribución, por tener la calidad de autogenerador de energía, independientemente de si autoconsume todo o parte de la misma.

La parte actora no objetó los datos que fundamentaron la liquidación de la transferencia, ni adjuntó elementos de juicio suficientes para desvirtuarlos.

No se configura la prescripción en los términos que plantea el demandante, porque el artículo 817 del Estatuto Tributario hace parte del cuerpo de normas que regula por la extinción de la obligación tributaria ya nacida a la vida jurídica y cuantificada a través de la declaración privada o de las liquidaciones oficiales de determinación.

Desde la fecha en que debieron liquidarse las mensualidades omitidas es decir, las de los años 1999 a 2000 (sólo hasta el mes de marzo), hasta cuando se expidió el primer acto oficial de determinación que suplió la liquidación privada del autogenerador, no transcurrieron más de los 5 años que establece el artículo 817 Estatuto Tributario. Ese tiempo tampoco expiró entre la fecha en que quedó en firme la liquidación y ejecutoriada la resolución que agotó la vía gubernativa y aquélla en que se presentó la demanda.

No se configura la nulidad por notificación extemporánea que predica la demandante, porque la imposición de la transferencia fue una decisión adoptada por la Resolución No. 070 del 2005 que, en términos del Tribunal fue la que liquidó el impuesto y resolvió el recurso, por ende, "no se configura la nulidad enrostrada, máxime que no le causó perjuicio alguno al actor". Además, el otorgar más tiempo a la contribuyente para que compareciera a notificarse no violó debido proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló la sentencia del Tribunal por las siguientes razones:

La lectura inclusiva de la expresión "autogenerador" en las normas que establecen la transferencia al sector eléctrico, se ata al siguiente predicado y con ello denota una relación incluyente entre autogenerar y vender o ceder la energía propia, de modo que los autogeneradores no se gravarían sólo por existir sino por generar energía eléctrica para circularla a terceros.

De las definiciones que establecen los artículos 1°, 14.5, 14.25, 15, y 16 de la Ley 142 de 1994, resulta dudoso que el autogenerador (del sector petrolero, agrícola, manufacturero, que se autoabastece) pueda calificarse como "prestador de servicios domiciliarios". Para superar esa circunstancia no puede acudir a la noción de "productores de servicios marginales independientes o para uso particular" de energía eléctrica, quienes se encuentran sujetos a la regulación de los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 16 de la referida Ley 142, pues además de que tales productores son agentes económicos diferentes a la demandante, su producción debe hacerse a otras personas en forma masiva a cambio de cualquier clase de remuneración para los que tengan vinculación económica con ellas.

Las transferencias en el sector eléctrico suponen la realización de un hecho o

función pública que beneficia al contribuyente, sin dejar de lado su finalidad de financiación ecológica. Dicha naturaleza impone que la contribución se exija a quienes venden energía como hecho demostrativo de capacidad contributiva, que la demandante no realiza, sin que el Tribunal haya considerado tal circunstancia.

No pueden equipararse las "ventas brutas" por generación propia de los autogeneradores, pues el gravamen al consumo y a las ventas propias son conceptos diametralmente distintos. Para asimilar la venta al retiro o al autoconsumo se requiere una ficción legal de venta, que se aparte de su noción civil y que le atribuya los mismos efectos al retiro o al autoconsumo.

So pretexto de cumplir mejor las finalidades ambientales, no puede gravarse a un sujeto pasivo no contemplado en la hipótesis de tributación o que no realice el hecho generador, pues el objetivo ambiental no valida que las entidades administrativas o judiciales omitan el principio de legalidad y conviertan en sujeto pasivo a quién no lo es, graven un hecho generador inexistente y liquiden la transferencia sobre una base gravable que no se configura, pues ello implicaría que la Administración se arroga funciones propias del legislador, quien es el único facultado para fijar los elementos esenciales de cada tributo.

La transferencia del sector eléctrico grava la generación y la venta o reparto de energía de las plantas con cierta capacidad. Con dicho tributo no puede gravarse a los autogeneradores que no realicen ventas o que no cedan la energía producida, dado que su hecho generador no lo constituye el autoconsumo, ni la generación o autogeneración sino la operación de venta. La referencia legal a los autogeneradores es tan sólo un calificativo del sujeto pasivo que busca excluir a los comercializadores y atribuir la obligación a quien simplemente genera energía.

La Ley 143 de 1994 gravó con la contribución a los autogeneradores, las empresas que venden excedentes de energía eléctrica y las personas jurídicas privadas que entregan o reparten, a cualquier título la energía eléctrica que producen, entre sus socios.

Despojar a los autogeneradores de las características comunes que tiene con los demás obligados convertiría el gravamen en un impuesto a la actividad de explotación de yacimientos o de minerales, a la actividad siderúrgica o a la agroindustrial, por el simple hecho de producir la energía requerida para su objeto empresarial.

El artículo 54 en comentario no se aplica a las empresas que venden excedentes de energía, sino a las que no desarrollan la actividad de generación. Sólo los autogeneradores y los productores marginales de energía producen dicho servicio; a su vez, el autogenerador puede considerarse cogenerador cuando realiza la producción energética mediante un proceso de producción combinada de energía eléctrica y energía térmica.

BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD es un autogenerador-cogenerador, porque utiliza el gas asociado al crudo para accionar la planta energética de la actividad productiva. Los procesos de cogeneración energética son ambientalmente más favorables porque no exige la utilización de combustibles distintos a los obtenidos en el proceso productivo e incorporan un ahorro energético.

Los autogeneradores se caracterizan por utilizar la producción energética para cubrir sus necesidades en procesos productivos y excepcionalmente se les

autoriza venderla.

El nexo causal entre el hecho y la base de la contribución es de su esencia y el segundo de dichos factores debe concordar con el hecho gravado de ventas brutas por generación propia, de modo que, se insiste, la conducta que condiciona el nacimiento de la obligación tributaria es la venta, reparto, cesión o traspaso de la energía eléctrica producida.

Con la interpretación de protección ambiental que empleó el a quo se rebasaron los límites de la norma que establece el hecho generador de la contribución, porque involucró a quien no vende energía y con ello confundió en una sola categoría al sujeto pasivo con la hipótesis de incidencia o hecho gravado.

Así, gravar a BP EXPLORATION, que autogenera energía únicamente para suplir sus necesidades, sin vender ni repartir excedentes entre sus asociados, implica interpretar erróneamente el artículo 54 de la Ley 143, norma cuya primera parte se refiere a los autogeneradores y los clasifica como "las empresas que vendan excedentes de energía, así como a las que los reparten entre sus socios o asociados". Estos subgrupos se identifican con el autogenerador de energía, porque siempre debe ser autogenerador pero realizando las conductas de cesión o venta a terceros.

Para las generadoras, como sujeto pasivo calificado, la energía es su mercancía y su venta conforma su objeto social. Como la actora es autogenerador y al mismo tiempo es una empresa que se gravaría únicamente si vende excedentes de energía, los actos administrativos demandados devienen en ilegales, porque hasta ahora BP EXPLORATION no está facultada técnicamente para vender energía.

Por lo demás, si dicha empresa llegara a convertirse en productor marginal que vende o cede porciones de su energía, pasaría a ser sujeto de la obligación por el periodo en que realizara tales actividades.

El artículo 54 de la Ley 143 de 1994 extiende las transferencias del sector eléctrico a las empresas que se dedican a actividades distintas a las específicas del sector, pero que generan energía gravando los eventos en los cuales se venden o ceden excedentes a los socios o asociados.

El sujeto pasivo gravado por la norma señalada son entonces, el autogenerador que vende excedentes y también se denomina cogenerador según el modo de producción; y el autogenerador que reparte energía a sus vinculadas, también calificado como productor marginal. Si tales sujetos son gravados por la energía que entregan a terceros o a asociados, no podrían gravarse por todo lo que producen.

El a quo violó el principio de igualdad al señalar que los generadores hidroeléctricos y térmicos están gravados sólo por sus ventas calculadas a la tarifa fija de la CREG; que los autogeneradores que ceden están gravados sólo sobre tal porción, y que los autogeneradores que no venden están gravados sobre el total.

Si la norma que establece la transferencia es fiscal, en cuanto busca financiar el gasto público de descontaminación sin conceder ningún estímulo a la producción de energía, no se justifica que para unos se tomen ingresos y para otros costos de producción a precio de venta, sin ponderar la capacidad contributiva de unos y otros.

No existe una razón lógica para que al generador sólo se le grave sobre sus ventas de energía, permitiéndole descontar de la base gravable del tributo su autoconsumo, que al autogenerador se le grave precisamente por su autoconsumo sin importar si vende o no excedentes y que a otros entes se los grave por la venta de excedentes de energía o por la cesión de la misma a socios o asociados. De seguir los lineamientos de la sentencia se gravaría a dos sujetos sobre los mismos parámetros excluyendo el autoconsumo, mientras que a los "simples autogeneradores" no se les permitiría lo propio.

La Ley 143 de 1994 no se aplica a los autogeneradores que no venden energía ni la enajenan a terceros, pues dicho cuerpo legal regula la prestación del servicio público de energía eléctrica y no las actividades privadas al interior de la empresa; es decir, se trata de una normativa que dispone sobre la cadena de actividades que van desde la generación de energía hasta su entrega al consumidor final.

El ámbito de dicha ley es ajeno a los autogeneradores que dedican toda su producción a la satisfacción de sus propias necesidades, pues éstos no pertenecen al sector eléctrico de servicios públicos ni buscan prestar los mismos, como tampoco venden ni traspasan la energía que generan precisamente porque la producen para su propio consumo. Bajo esa perspectiva, los autogeneradores no están sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos ni se les aplican los impuestos específicos del sector eléctrico de los que trata la Ley 143 de 1994.

A la luz del artículo 14.2 de la Ley 142 de 1994 la simple generación que es consumida por el autogenerador y que, por lo mismo, no busca que la energía llegue a su usuario final, no puede considerarse como servicio público de energía eléctrica. La aplicación de la mencionada Ley 142 se limita a los permisos ambientales y municipales, así como por los actos que implican la enajenación de bienes propios de las empresas de servicios públicos. Si no se está frente a la enajenación o suministro de energía tampoco se está frente a la prestación del servicio público domiciliario o complementario de la misma, resultando inaplicable la Ley 143 de 1994 que regula ese circuito productivo hasta el consumidor de energía eléctrica.

La Resolución CREG 054 de 1994, no se aplica a los generadores cuya capacidad instalada es inferior a 10 MW y a los autogeneradores, debiendo determinarse bajo qué condiciones, actos, actividades o situaciones se expresa el hecho generador que se les atribuye, el cual no corresponde al verbo generar o autogenerar, sino a los factores reveladores de la capacidad que el legislador quiso gravar, es decir, a la entrega o repartición de excedentes de energía producida por el autogenerador, como. El legislador no extendió el hecho gravado a los autoconsumos.

El legislador puede articular un tributo que grave actividades contaminantes sobre el producto, sobre los costos de la descontaminación, y sobre el uso directo de los insumos como ocurre con las tasas retributivas y compensatorias que establece el artículo 43 de la Ley 99 de 1993; así mismo, puede instaurar un sistema de licencias ambientales sobre el que se paguen tasas, pero el intérprete no puede escoger cuál le gustaría que fuese el hecho gravado, porque ello conduciría a que un impuesto sobre la actividad se convirtiera en un impuesto al gasto o al consumo.

El hecho generador de la contribución no es simplemente "contaminar", porque la ley no aludió al beneficio ni al presupuesto de la entidad pública encargada de

descontaminar. Además, entre el presupuesto de conservación de las cuencas hídricas afectado por las generadoras hidroeléctricas y el presupuesto de la descontaminación de una explotación petrolera por la que se pagan regalías compensatorias, tasas y derechos ambientales, no existe ninguna relación.

La Ley 99 de 1993, el Decreto Reglamentario 1933 de 1994 y el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 utilizan dos términos comunes para identificar la base ventas brutas y generación propia.

La primera de dichas leyes grava la venta de la energía sobre la cual se calcula la base gravable del tributo. El Concepto 922 del 2 de diciembre de 1996 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado coincide con tal apreciación, en cuanto afirma que el hecho gravado por el tributo "transferencias del sector eléctrico" es la realización de ventas brutas de energía.

Según la misma ley, los generadores se gravan respecto de las ventas brutas de la energía que producen, es decir a la que genera la planta y a la cual se le debe descontar el consumo propio de la misma.

Dichas ventas resultan de multiplicar la generación propia por la tarifa que señala la Comisión de Regulación Energética. Ese tipo de generación se refiere a ventas de energía producida efectivamente por el generador y no adquirida a otros generadores.

El hecho generador de realización de ventas brutas guarda correspondencia con la forma de determinación de la base gravable, pues a la generación propia por la cual se multiplica la tarifa señalada por la CREG debe restarse el consumo de la planta o autoconsumo del productor.

Gravar las ventas brutas de energía implica no tener en cuenta ninguna generación que no haya sido vendida o cedida.

Incluir en la base gravable del tributo la energía consumida por el autogenerador viola el principio de igualdad, pues si tanto el generador como el autogenerador producen efectos ambientales no es razonable que uno esté gravado sobre la generación total y otro sobre las ventas de energía.

El a quo pretendió acudir al método finalístico de la contribución, con base en la sentencia de la Corte Constitucional C- 495 de 1998, para resaltar tanto el carácter de tributo y sus elementos, como su naturaleza compensatoria por la afectación del medio ambiente.

Ciertamente, existen instrumentos tributarios que tienen objetivos compensatorios o retributivos de bienes ambientales, y en los tributos ambientales basados en el principio "el que contamina paga" la base imponible debe ser la medida del daño ambiental.

El tributo sobre la energía vendida recae sobre el productor en tanto percibe ingresos por esa producción, según un valor de ventas estandarizado. El tributo sobre los consumos o autoconsumos recae sobre una manifestación indirecta de la capacidad de pago que es el gasto o costo por producir, cuyo valor se toma como base gravable.

Las consideraciones ambientales que fundamentan la sentencia no convierten en sujeto pasivo del tributo a quién no lo es.

Es diferente el impacto ambiental de los generadores que enajenan toda o parte de la energía que producen, y el de los autogeneradores por cogeneración, que utilizan recursos propios de la producción de hidrocarburos con los que de otra manera podría contaminarse la atmósfera o las aguas para la generación de energía. Adicionalmente, el sistema de autogeneración por cogeneración evita que se adquiera energía a los terceros, entendiéndose que el transporte de la misma genera un gasto adicional.

La forma más eficiente para ahorrar los recursos energéticos en la extracción del petróleo es utilizar las fuentes de energía provenientes de la misma explotación y no la de otras que impliquen mayor consumo, pues además que ello conlleva el desperdicio de la energía generada, se requeriría transporte adicional.

La fuente óptima es el mismo gas que produce el yacimiento, con el cual la energía producida para la venta no se reutiliza en la misma fuente, bajándose así el nivel de contaminación. La demandante trata el agua de producción que acompaña al petróleo y al gas proveniente del yacimiento, para así reducirle la concentración de crudo, e inyecta a alta presión al yacimiento por razones ambientales.

La producción energética de la actora implica la utilización del gas proveniente de la explotación, cuya descarga directa a la atmósfera (que sería lo que pasaría si tuviera que salir a adquirir energía de los generadores, sin usar el gas propio), tendría un poder 21 veces más dañino que el Gas Carbónico en relación con el efecto invernadero. Adicionalmente, una eventual descarga de energía a los ríos de la región incrementaría la salinidad de sus aguas y agravaría los problemas de escasez y salinización de suelos especialmente en la época anual de sequía.

Toda la energía consumida en las operaciones en los campos de Cusiana y Cupiagua procede del gas natural que es el combustible más limpio de los disponibles y de origen fósil. Desde el punto de vista de manejo de reservas y generación de ingresos para el país, la forma en que se usa la energía y se racionaliza la producción de hidrocarburos es la apropiada.

En síntesis, en la autogeneración por cogeneración se utiliza un recurso producido en desarrollo de las actividades de la autogeneradora, que de no utilizarse produciría efectos adversos al ambiente. Adicionalmente, la utilización del gas proveniente de la explotación para producir energía evita que la misma se adquiera y genera una menor contaminación frente a la adquisición de energía generada por otro, dada la pérdida de la misma por el transporte que requiere.

A la demandante se le cobra casi el 50 por ciento de la energía que genera, reconociéndose que utiliza la planta en virtud de un contrato de asociación, en virtud del cual BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD es titular de un porcentaje de los activos de autogeneración pertenecientes a tres asociados mas (ECOPETROL, TEPMA y BP SANTIAGO).

El Municipio de Aguazul se equivoca al gravar a la demandante cuando ésta no vende ni cede energía, y al calcular el tributo sobre una base mayor a la real, pues al tiempo de descontar lo correspondiente a ECOPETROL en su calidad de asociado, mantiene lo de los demás asociados que son igualmente propietarios de los activos de autogeneración, y se abstiene de descontar el porcentaje de bienes adquiridos por OCENSA.

La transferencia establecida en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 es una exacción obligatoria a cargo de sujetos pasivos legalmente señalados, y cuyo único fin es mitigar el impacto ambiental causado por los procesos industriales de generación de energía.

Así, la transferencia constituye una contribución de naturaleza fiscal, diferenciada de los impuestos por el beneficio directo que reporta al contribuyente y sujeta a las normas que regulan ese tipo de ingresos estatales, incluidas las del régimen de prescripción del Estatuto Tributario.

Las normas de procedimiento del Estatuto Tributario Nacional se aplican a las entidades territoriales y conforme con el artículo 817 de dicho cuerpo normativo, la acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de 5 años a partir de cuatro eventos distintos, tres relativos a la declaración y uno al acto de determinación.

El presente caso encaja en el primer evento, pues transcurrieron más de cinco años desde la exigibilidad de la obligación. No puede invocarse el artículo 717 ibídem que señala una competencia temporal de cinco años para proferir la liquidación de aforo, porque ésta sólo procede frente a la ausencia de una declaración obligatoria que no existe para el caso de las transferencias; además, dicha norma no puede aplicarse directamente a los tributos que no se liquidan por declaración tributaria sino que simplemente son comunicados.

La notificación de la Resolución No. 204 del 15 de diciembre de 2003 ocurrió el 13 de abril del 2005, cuando ya había transcurrido el tiempo aceptado en la Ley para el cobro de la obligación, es decir, cuando la acción de cobro se encontraba caducada.

No puede confundirse el nacimiento de la obligación con su determinación administrativa y consiguiente cobro, pues la exigibilidad de la misma depende del cumplimiento de sus elementos esenciales que son los que hacen posible el respectivo cobro.

El término para pagar la transferencia está establecido en el artículo 4° del Decreto Reglamentario 1933 de 1994, dentro de los 90 días siguientes al mes en que se liquida (10 primeros días de cada mes). De acuerdo con ello, el Municipio de Aguazul podía cobrarla solamente por los 5 años anteriores al 13 de abril de 2005, fecha en la que se notificó la Resolución No. 204 expedida el 15 de diciembre de 2003.

Para los periodos comprendidos entre los meses de marzo del 2000 y enero de 1999 decayó la potestad liquidatoria y de cobro, dada la prescripción de la acción ejecutiva correspondiente y la extemporaneidad en la liquidación, contada a partir del instante en que la obligación se hizo exigible.

La obligación establecida por los actos demandados nació a la vida jurídica cuando ocurrió el hecho gravado, y se hizo exigible cuando venció el plazo para pagarla, momento a partir del cual comenzó a correr el término de prescripción.

Los términos prescripción y caducidad presentan varias diferencias. El artículo 817 del Estatuto Tributario describe el fenómeno de la caducidad, en el que la Administración pierde la posibilidad de exigir la supuesta obligación por no ejercerse la acción de cobro dentro del término correspondiente.

Para la fecha en que se expidieron los actos acusados se había consumado la prescripción o caducidad para liquidar y recaudar, sin que la primera de ellas pueda contarse desde cuando se determinó y cobró el tributo, pues ello equivaldría a confundir la exigibilidad de la obligación con su cobro, y el nacimiento de la obligación ex lege con su reconocimiento mediante acto administrativo posterior.

Habiendo decaído la potestad liquidatoria y de cobro de la transferencia, según lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario, la acción tendiente a su satisfacción deviene en extemporánea en relación con los periodos comprendidos entre 1999 y marzo del 2000.

De acuerdo con la jurisprudencia, si de la contestación de la demanda o del escrito de excepciones se infiere que se está alegando la prescripción, ésta debe decretarse.

En virtud del principio de primacía de la sustancia sobre la forma tendría que declararse probada la prescripción por haberse demostrado los supuestos que la fundamentan.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En lo sustancial, la demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación.

El demandado no alegó de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público rindió concepto favorable a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

La demandante es sujeto pasivo de las transferencias al sector eléctrico, porque así lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia del 29 de octubre del 2009 (exp. 16796) bajo el entendido de que los artículos 54 de la Ley 143 de 1994 y 45 de la Ley 99 de 1993, atribuyen dicha calidad a las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada superara los 10.000 kilovatios, a los autogeneradores, las empresas que venden excedentes de energía y las personas jurídicas privadas que entregan o reparten la energía eléctrica que producen, entre sus socios y/o asociados.

No puede pretenderse que las actuaciones exigidas a las empresas y a las personas jurídicas privadas se extiendan a los autogeneradores para considerarlos sujetos pasivos, cuando así no lo ha contemplado la ley.

De acuerdo con la Resolución CREG 055 de 1994 el autogenerador es el agente económico que produce y consume energía eléctrica en un solo predio de extensión continua, exclusivamente para atender sus propias necesidades, y no usa, comercializa ni transporta su energía con terceros o personas vinculadas económicamente. Por tanto, no puede esperarse que los autogeneradores vendan, entreguen o reparten la energía eléctrica que producen.

El Municipio demandado no violó el derecho a la igualdad, porque tanto a los generadores como a los autogeneradores les corresponde la misma base gravable por venta o autoconsumo.

La base gravable está conformada por las ventas brutas de energía por generación propia, de manera que tanto los autogeneradores como los generadores de energía pueden descontar el consumo propio de la planta, para efecto de determinar la base gravable.

En el presente caso no procede aplicar el artículo 817 del Estatuto Tributario, porque éste refiere a la acción de cobro, no a la actuación de determinación oficial de la transferencia que constituye el título ejecutivo para iniciar la acción mencionada, y es la que se ventila en el caso concreto.

Por último, las transferencias de los periodos correspondientes a los años 1999 a 2003 debieron liquidarse dentro de los diez primeros días de cada mes sobre la base de las ventas brutas del mes anterior. La Administración sólo podía liquidar las transferencias de los periodos comprendidos en los cinco años anteriores al 13 de abril del 2005, cuando se notificó la Resolución No. 204 del 2003, es decir que los actos acusados sólo sería legales en cuanto concierne a las liquidaciones de los meses comprendidos entre abril del 2000 y septiembre del 2003.

Conforme con lo anterior, el Ministerio Público solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, que se anulen parcialmente las resoluciones acusadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala establece si se ajustan a derecho los actos por los cuales el Municipio de Aguazul – Casanare liquidó la transferencia al sector eléctrico a cargo de la empresa petrolera BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD., durante las vigencias comprendidas entre los años 1999 a 2003.

En los términos del recurso de apelación, corresponde analizar si la demandante es sujeto pasivo de la contribución por transferencia al sector eléctrico, establecida en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993; y dependiendo de la suerte de tal glosa, sí en la actuación que adelantó el Municipio de Aguazul para determinar dicho tributo operó el fenómeno de la prescripción de la acción en los términos del artículo 817 del Estatuto Tributario.

Previamente a analizar los planteamientos de la alzada, la Sala precisa que no estimó necesario decretar la audiencia pública solicitada en el recurso de apelación, porque para resolver el problema jurídico propuesto en esta instancia basta el marco legal invocado por las partes y las pruebas aportadas al proceso.

Tampoco considerará el aspecto relacionado con la base gravable que se tomó para liquidar la contribución sin tenerse en cuenta que si bien es asociada en un contrato de exploración y explotación, existen varios asociados más. Lo anterior, porque tal argumento no hizo parte de los cargos de la demanda y la apelación no es la oportunidad para aclarar, adicionar ni corregir aquellos, mediante la exposición de nuevas razones de ilegalidad.

Ahora bien, sobre los puntos concretos que líneas atrás se mencionaron como objeto de estudio en esta providencia, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en las sentencias del 26 y 29 de octubre de 2009, y 3 de diciembre del mismo año, proferidas dentro de los procesos 17226, 16976 y 17402, dos de ellos instaurados por la aquí demandante, con base en razones sustancialmente idénticas a las que aquí se discuten.

Las consideraciones expuestas en dichos proveídos constituyen precedente aplicable al caso concreto por la identidad de aspectos fácticos y jurídicos debatidos, y se retoman en el siguiente orden:

Del sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico

En virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 143 de 1994, CORPORINOQUIA, previo requerimiento especial, declaró deudor moroso a BP Exploration Company Colombia Limited por las transferencias del sector eléctrico de que trata la Ley 99 de 1993, de octubre de 2002 a agosto de 2004 por la generación de energía en los CPF de Cusiana y Cupiagua.

El artículo 54 de la Ley 143 de 1994¹ dispone:

“ARTÍCULO 54. Los autogeneradores, las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica, así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan, están obligados a cancelar la transferencia en los términos que trata el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

Para la liquidación de esta transferencia, las ventas brutas se calcularán como la generación propia multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto”.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 99 de 1993² señala:

“ART. 45. Transferencia del sector eléctrico. Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios, transferirán el 6 por ciento de las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la comisión de regulación energética, de la manera siguiente:

1. El 3 por ciento para las corporaciones autónomas regionales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el embalse, que será destinado a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto.

2. El 3 por ciento para los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica, distribuidos de la siguiente manera:

a) El 1.5 por ciento para los municipios y distritos de la cuenca hidrográfica que surte el embalse, distintos a los que trata el literal siguiente, y

b) El 1.5 por ciento para los municipios y distritos donde se encuentra el embalse.

¹ 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.

² Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones.

Cuando los municipios sean a la vez cuenca y embalse, participarán proporcionalmente en las transferencias de que hablan los literales a) y b) del numeral segundo del presente artículo.

“Estos recursos sólo podrán ser utilizados por los municipios en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

“3. En el caso de centrales térmicas la transferencia de que trata el presente artículo será del 4 por ciento que se distribuirá así:

*a) 2.5 por ciento para la corporación autónoma regional para la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta, y
b) 1.5 por ciento para el municipio donde está situada la planta generadora.*

Estos recursos sólo podrán ser utilizados por el municipio en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

PAR. 1º De los recursos de que habla este artículo sólo se podrá destinar hasta el 10 por ciento para gastos de funcionamiento.

PAR. 2º Se entiende por saneamiento básico y mejoramiento ambiental la ejecución de obras de acueductos urbanos y rurales, alcantarillados, tratamientos de aguas y manejo y disposición de desechos líquidos y sólidos.

PAR. 3º En la transferencia a que hace relación este artículo, está comprendido el pago, por parte del sector hidroenergético, de la tasa por utilización de aguas de que habla el artículo 43”.

El antecedente legal de este tributo es el artículo 12 de la Ley 56 de 1981 que establecía que las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica, con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, debían destinar el 4 por ciento del valor de las ventas de energía, liquidadas a la tarifa de ventas en bloque, para inversión en los siguientes fines, por partes iguales y en forma exclusiva: a) Reforestación y protección de recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica, si se trata de centrales hidroeléctricas, y protección del medio ambiente en los municipios de ubicación de las plantas y en las regiones productoras de combustibles utilizados en la generación, cuando se trate de centrales térmicas y, b) Programas de electrificación rural, con prioridad en las zonas determinadas en el literal a). La norma definía que el valor de las ventas en bloque de energía se determinaba por el resultado de multiplicar el número de kilovatios despachados por el precio unitario que para ventas en bloque señalaba el Ministerio de Minas y Energía. Esta disposición fue derogada por la Ley 99 de 1993.

La Corte mediante Sentencia C-495 de 1998 declaró la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, y en cuanto a la naturaleza del tributo precisó que aunque la ley no determinaba cuál era la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia, era indudable que no se trataba de un impuesto de las entidades territoriales, sino que era una contribución establecida con la necesidad de que quienes hicieran uso de los recursos naturales renovables, o utilizaran en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, cargaran con los costos que

demandara el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. Es decir, a juicio de la Corte Constitucional la contribución tiene una finalidad compensatoria, por lo que resultaba constitucional que sus recursos se destinaran a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental; además de gozar del respaldo constitucional de que todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es un asunto de interés nacional, en el cual está autorizada la intervención del legislador.

Ahora bien, el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 fue reglamentado por el Decreto 1933 de 1994 que dispuso lo siguiente:

“Artículo 1. Campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todas las empresas, sean públicas, privadas o mixtas, propietarias de plantas de generación de energía hidroeléctrica o termoeléctrica, cuya potencia nominal instalada total sea superior a 10.000 kw, y sobre las ventas brutas por generación propia.”

“Parágrafo. Corresponde al Ministerio de Minas y Energía determinar la potencia nominal instalada total de las empresas, para efectos del artículo 45 de la Ley 99 de 1993.”

“Artículo 2. Definiciones. Para efectos señalados en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, se deben tener en cuenta las siguientes definiciones:

“Ventas brutas de energía por generación propia. Es el resultado de multiplicar la generación propia por la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética.

“Generación propia. Energía eléctrica generada por la planta, a la que se le debe descontar el consumo propio de la planta. Se medirá en el secundario del transformador de la subestación asociada a la planta generadora (...).”

“Artículo 4. Liquidación y transferencias. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes y sobre la base de las ventas brutas del mes anterior, las empresas a las que se aplica el presente decreto, mediante acto administrativo para el caso de las empresas públicas o mixtas y mediante comunicación para el caso de las privadas, harán la liquidación de los valores a transferir a la Corporación o Corporaciones Autónomas Regionales, municipios y distritos y se las comunicará a los beneficiarios.

La transferencia debe efectuarse dentro de los noventa (90) días siguientes al mes que se liquida, so pena de incurrir en mora y pagar un interés moratorio del 2.5 por ciento mensual sobre saldos vencidos.

PARAGRAFO. La sanción por mora solamente es aplicable a partir de las transferencias correspondientes a las ventas brutas del mes de octubre de 1994”.

Conforme con las anteriores normas, a juicio de la Sala se pueden evidenciar los elementos del tributo así:

a. Sujetos activos:

En el caso de las centrales hidroeléctricas:

- Las corporaciones autónomas regionales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el embalse.
- Los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica que surte el embalse y los municipios y distritos donde se encuentre el embalse.

En el caso de las centrales térmicas:

- La corporación autónoma regional para la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta.
- El municipio donde está situada la planta generadora.

b. Sujetos pasivos:

- Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica
- Las centrales térmicas
- Los autogeneradores
- Las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica
- Las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan

En todos los casos, la potencia nominal instalada total debe superar los 10.000 kilovatios.

c. Hecho generador del tributo:

El hecho generador según se estableció en la Ley 99 de 1993 fue la generación de energía, lo cual es confirmado por la Ley 143 de 1994 pues un elemento común en todos los sujetos pasivos enlistados anteriormente, es que producen o generan energía, bien para consumo propio o para la venta o para la cesión a sus socios y/o asociados.

En efecto, conforme a la resolución 055 de 28 de diciembre de 1994, por la cual se regula la actividad de generación de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispuso en el artículo 1º una serie de definiciones para interpretar las disposiciones aplicables a la actividad de generación, entre otras, las siguientes³:

“Autogenerador. Agente económico que produce y consume energía eléctrica en un solo predio de extensión continua, exclusivamente para atender sus propias necesidades y que no usa, comercializa o transporta su energía con terceros o personas vinculadas económicamente.

³ Conforme al artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994 entre las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible se encuentra la de expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios.

Generador. Persona natural o jurídica que produce energía eléctrica.

Productor marginal, independiente, o para uso particular. Es la persona natural o jurídica que desee utilizar sus propios recursos para producir los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicio público para sí misma o para una clientela compuesta principalmente por quienes tienen vinculación económica con ella o por sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal. Los autogeneradores y cogeneradores son casos particulares de esta categoría.”

El artículo 10 de la mencionada resolución dispone en cuanto a la comercialización de la energía proveniente de productores marginales, independientes o para uso particular que en el caso de empresas que operen plantas de generación o cogeneración que generen energía en forma marginal o para uso particular, se aplicarán las disposiciones de esta resolución y las normas pertinentes establecidas en las normas legales vigentes a todos los actos y contratos que celebren para la venta de energía a terceros a través de la red pública, en exceso de la electricidad que se use en sus propias operaciones, a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente con quienes tengan vinculación económica con ellas, o en cualquier manera que pueda reducir la libre competencia en el sector eléctrico.

Es decir, si el productor marginal o independiente produce la energía para su uso particular, es tanto así como un autogenerador, pero si vende o cede sus excedentes, actuaría como un cogenerador, como se verá enseguida.

En el tema concreto de los autogeneradores, la CREG con el fin de reglamentar la actividad a que se refiere el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, por medio de la Resolución 084 de 1996, señaló que para efectos de esa resolución y en general para interpretar las disposiciones aplicables a la actividad de autogeneración, se adoptaban las siguientes definiciones:

“Autogenerador: Es aquella persona natural o jurídica que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades. Por lo tanto, no usa la red pública para fines distintos al de obtener respaldo del SIN, y puede o no, ser el propietario del sistema de generación” (Subraya fuera del texto).

En relación con la venta de excedentes, el artículo 8º de la resolución estableció: “El autogenerador, de acuerdo con la definición consignada en el artículo 1º de la presente resolución, no puede vender parcial o totalmente su energía a terceros si quiere mantener la categoría de autogenerador. No obstante, en situaciones de racionamiento declarado de energía, los autogeneradores podrán vender energía a la Bolsa en los términos comerciales que se definan en el respectivo estatuto”.

En efecto, el artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define al autogenerador como “aquel generador que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades”

Confirma lo anterior, que la norma consagra diferentes sujetos pasivos del tributo, pues retomando la redacción de las Leyes 99 de 1993 y 143 de 1994 se tiene:

Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica y centrales térmicas: son los generadores (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica), los

autogeneradores (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades), las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica (Cogeneradores), así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan (Productores de servicios marginales, independientes o para uso particular).

Según el artículo 16 de la Ley 142 de 1994, los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular están sometidos a esa ley y “en todo caso se sobreentiende que los productores de servicios marginales independientes o para uso particular de energía eléctrica están sujetos a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993”.

Es importante precisar que en materia de la transferencia del sector eléctrico coexisten los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994 que la complementó y adecuó el tributo de acuerdo con los agentes que incluyó, que producen energía para su consumo, para vender sus excedentes y para entregarla o cederla a socios o vinculados económicos a cualquier título. Es decir, el propósito de la Ley 143 de 1994 es abarcar a todos los productores de energía, independientemente del destino que le den a la misma.

d. La base gravable y la tarifa:

Conforme al artículo 45 de la Ley 99 de 1993 la base gravable estaba constituida por las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señalara la comisión de regulación energética.

El artículo 2º del Decreto 1933 de 1994 definió para los efectos señalados en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993:

“Ventas brutas de energía por generación propia. Es el resultado de multiplicar la generación propia por la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética.

”Generación propia. Energía eléctrica generada por la planta, a la que se le debe descontar el consumo propio de la planta. Se medirá en el secundario del transformador de la subestación asociada a la planta generadora (...).”

Es decir, aunque la norma señalara como base gravable las ventas brutas de energía, no puede considerarse que éste sea el hecho generador. El hecho generador era y sigue siendo la generación de energía, que en el caso de las generadoras se vende, de manera que la base correspondía exactamente al resultado de la actividad realizada por el sujeto pasivo, destinatario inicial de la contribución, que era la generación. Y aunque el valor de las ventas de una generadora se puede determinar por otros medios (por ejemplo, el valor de los contratos de venta de energía), el legislador quiso que fuera una forma sencilla de establecer este elemento, mediante la simple operación de multiplicar la generación propia (previo el descuento del consumo propio de la planta) por la tarifa para venta en bloque de energía⁴.

⁴ La tarifa para venta en bloque de energía para efectos de la liquidación de las transferencias de la Ley 99 de 1993 era fijada cada año por la CREG. Para el año 1996 se fijó, por medio de la resolución 060 de 1995, en 20.93 \$/kWh. Mediante resolución 135 de 1996 la CREG estableció que la tarifa fijada en la resolución CREG-060 de 1995 se incrementará anualmente, a partir de 1 de enero de 1997, con un índice equivalente a la meta de inflación prevista por la autoridad competente para cada vigencia. Lo cual se aplicará a las liquidaciones de cada año.

Con la expedición de la Ley 143 de 1994, en la que se amplió la transferencia a otros sujetos pasivos: los autogeneradores, las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica, así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan, el mismo artículo 54 ibídem, estableció, en cuanto a la base gravable, lo siguiente: "Para la liquidación de esta transferencia, las ventas brutas se calcularán como la generación propia multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto" (Subraya la Sala).

Para la Sala, aunque el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 señale como base gravable la venta de energía, la Ley 143 de 1994 que incluyó otros sujetos pasivos, definió y le dio un alcance al concepto "venta bruta de energía" propio y específico para la transferencia del sector eléctrico por parte de estos nuevos sujetos pasivos al usar el adverbio "como"⁵.

Esta definición legal tiene su razón de ser por el hecho de que resulta aplicable a cualquiera de los sujetos pasivos que adicionó la Ley 143 de 1994, haya o no venta de energía, como en el caso de los cogeneradores.

En efecto, en los autogeneradores no existe venta de energía, pues de operar de esta forma, los reglamentos señalan que pierden su carácter de autogeneradores. Conforme al artículo 11 de la Ley 143 de 1994, la producción de energía del autogenerador es exclusiva para su uso, por tanto, no puede entenderse que en virtud del artículo 26 ibídem, estén autorizados para venderla, como lo aduce la actora⁶.

En el caso de los cogeneradores la actividad productiva está destinada al consumo propio o de terceros y destinadas a procesos industriales o comerciales, es decir, los cogeneradores son aquellos que producen energía para su consumo y venden los excedentes, razón por la cual, la definición legal de base gravable también corresponde a este tipo de productores de energía. Finalmente, a las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas producen, le es aplicable esta base gravable, pues, pueden ceder o repartir energía entre sus socios o vinculados, sin que exista venta y en todo caso, la contribución se calcula sobre la generación propia.

La tarifa según el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 es del 6 por ciento para las generadoras y 4 por ciento para las centrales térmicas.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los sujetos pasivos de las transferencias están comprendidos tanto en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, como en el 54 de la Ley 143 de 1994 y no incluyen, a los comercializadores puros, sólo incluyen a los productores de energía.

Para la Sala, la finalidad gramatical de las "comas" en el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 no es explicativa, sino enunciativa, es decir, para separar sujetos de igual categoría frente al tributo, de allí que cada sujeto este precedido de los artículos "los" y "las". Además, los autogeneradores no venden los excedentes de energía,

⁵ Según el Diccionario de la Lengua Española, este adverbio, en su segunda acepción es: "2. En sentido comparativo denota idea de equivalencia, semejanza o igualdad, y significa generalmente el modo o la manera que, o a modo o manera de".

⁶ Artículo 26. Las entidades públicas y privadas con energía eléctrica disponible podrán venderla, sujetas al Reglamento de Operación, a las empresas generadoras, a las distribuidoras o a grandes consumidores a tarifas acordadas libremente entre las partes.

son autogeneradores precisamente porque consumen toda la energía que producen y pierden ese carácter en el evento en que vendan sus excedentes.

La actora le da un alcance equivocado al hecho de que al autogenerador se le aplique la expresión “generación propia”, pues el concepto generación propia como aquella “generación de energía que produce la planta a la que se debe descontar el consumo propio de la planta”, significa que se descuenta el consumo propio de la planta no de la empresa que se abastece de la planta. En todos los casos, tratándose de venta, autoconsumo o reparto o entrega de energía, la base gravable es la misma “venta bruta por generación propia de energía” entendida como tal, la generación propia de energía por tarifa que para venta en bloque de energía establezca la CREG. Es decir, en todos los casos, de la generación se descuenta el consumo propio de la planta.

Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 143 de 1994

No es de recibo el argumento de la recurrente según el cual la Ley 143 de 1994 no es aplicable a las autogeneradoras porque no hacen parte del servicio público de energía eléctrica, pues, en primer término la mencionada ley establece el régimen de las actividades de generación (dentro de la cual están los autogeneradores), interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que se denominan actividades del sector (artículo 1ib.), y en segundo lugar, la transferencia del sector eléctrico prevista en el artículo 54 ibídem, no distingue si el sujeto pasivo hace parte del servicio público domiciliario de energía o no, que es al que se refiere el artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, citada por la actora. Además, conforme al artículo 15,2 ibídem, entre las personas que prestan servicios públicos, están las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, como en el primer evento lo hacen los autogeneradores.

Así las cosas, en el presente caso, BP Exploration Company – Colombia – Limited es un autogenerador de energía sometido a la transferencia del sector eléctrico sobre la generación propia de energía multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto, según lo definió el artículo 54 de la Ley 143 de 1994. Desde esta perspectiva, los actos administrativos demandados se ajustaron a derecho.

De la violación al debido proceso

El artículo 29 de la Constitución Política, estableció el derecho constitucional al debido proceso, aplicable no sólo a las actuaciones judiciales sino también a toda clase de actuación administrativa, para de ésta forma garantizar los derechos de defensa y contradicción tanto de las partes como de los demás intervinientes en el proceso.

En cuanto a la notificación de las actuaciones judiciales o administrativas se refiere, constituye el núcleo esencial del principio de publicidad consagrado en nuestro ordenamiento legal, acto que además garantiza efectivamente que las partes conozcan las decisiones adoptadas por las diferentes autoridades de cualquier orden, y que permite la realización de su derecho a la defensa y contradicción dentro del correspondiente trámite procesal, pronunciándose ya sea con la interposición de recursos, o con el ejercicio de las acciones judiciales a que haya lugar.

Alega la parte actora que, Corporinoquía vulneró su derecho al debido proceso, especialmente su derecho a la defensa, por fundar los actos administrativos demandados en la Resolución No. 181558, de 2002, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, acto que nunca le fue notificado, motivo por lo cual el mismo es ilegal además de inconstitucional, vició que afecta directamente las resoluciones contentivas de la liquidación de la transferencia del sector eléctrico objeto de la controversia.

Si bien es cierto conforme con lo establecido en el párrafo del artículo 1º del Decreto 1933 de 1994, para efectos de la mencionada transferencia es indispensable que el Ministerio de Minas y Energía determine que la potencia nominal instalada de los generadores de energía hidroeléctrica o termoeléctrica es superior a 10.000 Kilovatios, no es lo menos que dicha actuación administrativa, adelantada por la autoridad del orden nacional, es independiente de la llevada a cabo por las Corporaciones Autónomas Regionales con la finalidad de liquidar la transferencia. Así las cosas, no le asiste razón al *a-quo* cuando afirma, que a través de otros elementos probatorios es posible determinar la potencia nominal instalada de los generadores o autogeneradores de energía para efectos de la contribución contemplada en el artículo 45 de la Ley 99.

Ahora, una vez analizados los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos impugnados, es claro que la parte demandada tuvo como fundamento para proferir la liquidación de la contribución por transferencia del sector eléctrico a cargo BP Exploration Company – Colombia – Limited, la Resolución No. 181558, de 2002, emanada del Ministerio de Minas y Energía, la cual determina que la potencia nominal instalada de las unidades generadores de energía eléctrica que operan en los complejos petroleros de Cusiana y Cupiagua, es de 76.035 Kw y 41.940 Kw, respectivamente.

Sin embargo, en el evento que la mencionada resolución no hubiese sido notificada a la parte demandada, esto no significa *per se* que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico, toda vez que la existencia del acto administrativo se da desde el momento mismo de su expedición por parte de la administración, mas no desde su notificación, llevando en si mismo la facultad implícita de producir efectos jurídicos como manifestación de la voluntad que lo caracteriza, bajo el amparo del atributo de la presunción de legalidad.

La falta de publicación o notificación del acto administrativo, se reitera, no afecta ni la existencia ni la validez del mismo, mientras que, su eficacia, si se encuentra condicionada a la publicidad de aquel conforme con las reglas establecidas en los artículos 43 y 44 del Código Contencioso Administrativo, lo cual tiene como consecuencia, que ante la falta de publicación o notificación, el acto administrativo no adquiere firmeza, y por ende **no puede ser ejecutado por la misma autoridad que lo profirió.**

Aclarado lo anterior, es evidente que la falta de notificación de la Resolución No. 181558, atrás referenciada, no afecta la actuación mediante la cual Corporinoquía adelantó el trámite de liquidación de la transferencia del sector eléctrico a cargo BP, pues dicha entidad administrativa, fundó su decisión en un acto administrativo existente, válido, y del cual no sólo podía presumir su legalidad sino también su eficacia, pues no es la autoridad competente para adelantar el trámite administrativo mediante el cual se determina la potencia nominal instalada de los generadores o autogeneradores de energía eléctrica, razón por la cual además, los actos administrativos objeto de las pretensiones no adolecen del vicio de nulidad imputado por la actora en el presente cargo, pues el sustento del mismo,

es la ineficacia por falta de notificación de una decisión adoptada en una actuación administrativa distinta, llevada a cabo por una autoridad administrativa diferente, quien era la competente para poner en conocimiento su decisión a los directamente interesados a través de los mecanismos contemplados en el C.C.A., obligación que de ninguna forma correspondía a Corporinoquía tal como aquí se pretende.

De la prescripción de la acción de cobro

Esta glosa se fundamenta en el artículo 817 del Estatuto Tributario que regula la prescripción de la acción de cobro en las actuaciones fiscales, delimitándose así el alcance de la disposición legal, en cuanto queda claro que sólo se aplica a los procesos de cobro, no a los de determinación del tributo, como es el que ocupa la atención de la sala.

No obstante, los actos acusados no se profirieron en sede del proceso administrativo de cobro coactivo, sino en el del trámite establecido para la liquidación de transferencias del sector eléctrico, a la luz del artículo 4º del Decreto 1933 de 1994, a cuyo tenor se lee:

“Artículo 4. Liquidación y transferencias. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes y sobre la base de las ventas brutas del mes anterior, las empresas a las que se aplica el presente decreto, mediante acto administrativo para el caso de las empresas públicas o mixtas y mediante comunicación para el caso de las privadas, harán la liquidación de los valores a transferir a la Corporación o Corporaciones Autónomas Regionales, municipios y distritos y se las comunicará a los beneficiarios.

La transferencia debe efectuarse dentro de los noventa (90) días siguientes al mes que se liquida, so pena de incurrir en mora y pagar un interés moratorio del 2.5 por ciento mensual sobre saldos vencidos.

De acuerdo con la norma pretranscrita, se requiere que la empresa privada mediante comunicación haga la liquidación. Para los fines del artículo 817 del Estatuto Tributario dicho documento sería el documento constitutivo de título ejecutivo para proceder al cobro.

En este caso no se presentaron tales comunicaciones, de manera que el título ejecutivo debía conformarse con las liquidaciones oficiales de las transferencias, las cuales, una vez en firme y ejecutoriadas sirven de fundamento para proceder al cobro.

En efecto, el proceso de cobro se inicia con el mandamiento de pago y con base en un título ejecutivo, que es el que se conformó por medio de los actos demandados, por tanto, la excepción de prescripción que invoca la demandante con fundamento en el tantas veces referido artículo 817, sólo es dable plantearla como excepción cuando efectivamente se inicie el mencionado trámite de cobro, pues, según el numeral primero de dicha norma, para las declaraciones presentadas oportunamente los cinco años se cuentan desde la fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional.

Independientemente de que se considerara la norma mencionada antes de la modificación que le introdujo la Ley 788 de 2002⁷, el argumento de la actora refiere a la acción de cobro, que no podía iniciarse sino hasta que se concretara la obligación tributaria en forma clara, expresa y exigible a través de un título ejecutivo.

Los documentos que constituyen dicho título ejecutivo son precisamente los actos demandados y ninguna de las pruebas aportadas demuestra el inicio del proceso de cobro de aquéllos, con lo cual la norma en comento se torna inaplicable al caso concreto.

Por lo demás, el análisis de la prescripción de las obligaciones con fundamento en las normas del Código Civil, no fue un aspecto planteado en la demanda.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

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

1. **CONFÍRMASE** la sentencia del 26 de noviembre del 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, en la acción de nulidad y restablecimiento promovida por la sociedad BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD., contra EL MUNICIPIO DE AGUAZUL - CASANARE, por las razones expuestas en esta providencia.

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

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

⁷ **"Término de Prescripción.** La acción de cobro de las obligaciones fiscales prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. Los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, en el mismo término, contado a partir de la fecha de su ejecutoria.

La prescripción podrá decretarse de oficio, o a solicitud del deudor."

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

