

TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO – Descripción. Sujetos pasivos

Dentro de la hipótesis legal descriptiva de la transferencia, la parte subrayada, consistente en el sujeto calificado de la oración, es el supuesto de hecho al que se aplica la consecuencia consistente en “transferir” el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia. Es decir, del hecho de encontrarnos con una empresa generadora de energía con potencia nominal instalada superior a 10.000 Kw., se sigue que está en la obligación de pagar el tributo. Siendo éste el sujeto pasivo inicial de la contribución, la Ley 143 de 1994 amplía a otros sujetos la obligación tributaria. El texto subrayado consagra el supuesto de hecho descriptivo del sujeto pasivo al que se aplica la consecuencia jurídica: “... están obligados a cancelar la transferencia...” Nos encontramos con un sujeto sintáctico compuesto por varios sustantivos separados por comas, algunos de éstos con modificadores. Los sustantivos que conforman el sujeto de la oración son tres: auto-generadores, empresas y personas jurídicas privadas. Debe descartarse, en primer lugar, que los dos últimos sean una discriminación del “género” contemplado en el primero, como erróneamente afirma la actora, pues es claro que se trata de tres individuos diferentes y que no hay intención alguna en la oración de decir que al “género”: “auto-generadores” pertenecen dos categorías distintas: empresas y personas jurídicas privadas. Si hubiera sido esa la intención, con seguridad se hubiera empleado en vez de coma, los dos puntos o un conector como “es decir” o “a saber”. La coma claramente indica que los tres individuos se hallan en el mismo grado de generalidad. Esto nos permite concluir que, definitivamente, nos encontramos frente a tres individuos diferentes, es decir, tres sujetos diferentes, a los cuales se les aplica la consecuencia, con o sin modificadores, de “estar obligados a cancelar la transferencia”. El siguiente ejercicio nos permite verificar el acierto de esta conclusión: Si son tres sujetos diferentes, al quitarle a la oración la parte correspondiente a los demás sujetos y solo escribiéndola con uno de ellos cada vez, seguirá teniendo sentido completo en sí misma, pudiéndose formar tres oraciones separadas y completas. Y efectivamente eso es posible como se observa: - “Los auto-generadores... están obligados a cancelar la transferencia...” - “... las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica... están obligad[a]s a cancelar la transferencia...” - “... las personas jurídicas privadas, que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan están obligad[a]s a cancelar la transferencia...”

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 - ARTÍCULO 45

TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO – Finalidad. Protección al medio ambiente. Relación entre la causación de la contribución y el impacto ambiental

Siendo este análisis textual suficiente para desestimar el cargo y, por ende, haciendo innecesario acudir al espíritu del legislador, según la regla del inciso segundo del artículo 27 CC, no sobra decir que es clara la finalidad proteccionista del medio ambiente que se busca con la transferencia, mediante la imposición del gravamen a quienes por sus actividades en materia energética, sea que la comercialicen o no, sea que la transfieran o no, puedan generar un impacto ambiental y tengan la responsabilidad social, por decisión del legislador, de coadyuvar con la función de las entidades públicas de atender prioritariamente proyectos de saneamiento básico y de mejoramiento ambiental, como lo ordena el artículo 51 de la Ley 143 de 1994, en concordancia con el inciso final del artículo 45 de la Ley 99 de 1993. Evidentemente, como corolario de lo anterior y en coincidencia con lo sostenido por el Tribunal, hay una vinculación teleológica, entre la causación de la transferencia y el potencial impacto ambiental (llámese o

no contaminación), siendo el concepto “ventas brutas” o “ventas en bloque” simplemente uno de los elementos de la fórmula para determinar el *quantum* de la contribución para quienes venden la energía producida, así como lo es el de la “cantidad” de generación propia de energía eléctrica (medida en Kilovatios) para aquéllos sujetos pasivos de la obligación tributaria que no vendan, sino que consuman su producción eléctrica.

COBRO DE DEUDAS TRIBUTARIA – En la etapa de la determinación se asimila a una acción ordinaria. Prescripción / FACULTAD IMPOSITIVA DEL MUNICIPIO – Prescripción

Dado que la actuación administrativa no pretende el cobro de deudas tributarias preexistentes sino, por el contrario, consiste en el primer paso de determinación del tributo a cargo, no se puede asimilar a una acción ejecutiva sino a una ordinaria, para la cual el plazo de “prescripción” es de 10 años, de acuerdo con la norma del Código Civil antes transcrita, el cual no ha transcurrido en el caso presente, debido a que se refiere al período comprendido entre junio de 1995 y septiembre de 2003, por lo que la prescripción empezaría a operar para las deudas por los primeros períodos, a partir de junio de 1995. De otra parte, si en gracia de discusión se aceptara la aplicación del artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional, tampoco se podría deducir la prescripción de la actuación administrativa, debido a que dicha norma, hace referencia, igualmente, a la acción de cobro y no a la determinación del tributo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL – ARTICULO 2536

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00004-01(17093)

Actor: B.P. EXPLORATION COMPANY COLOMBIA - LIMITED

Demandado. MUNICIPIO DE TAURAMENA

FALLO

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 17 de mayo de 2007 por la cual el Tribunal Administrativo de Casanare decidió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos

administrativos que determinaron la “transferencia del sector eléctrico” a cargo de la demandante. Dispuso el Tribunal en la parte pertinente¹:

“1º DECLARAR la nulidad parcial del artículo segundo de la resolución 1041 del 12 de diciembre de 2003, expedida por el Secretario de Hacienda Municipal de Tauramena, en cuanto declaró a la demandante “deudor moroso” de la transferencia (contribución) prevista en el Art. 45 de la Ley 99 de 1993, respecto del periodo que transcurrió desde el mes de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995) hasta el dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997); asimismo, DECLARAR la nulidad parcial del artículo primero de la resolución 569 del 24 de agosto de 2004, del mismo origen, en cuanto confirmó lo allí resuelto.

2º ORDENAR que la entidad accionada – Municipio de Tauramena – rehaga la liquidación consignada en los actos a los que se refiere el numeral precedente y excluya de la determinación de la contribución objeto de esta sentencia, lo presuntamente causado desde el mes de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995) hasta el dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997), capital e intereses.

3º DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

(...)”

ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

El MUNICIPIO DE TAURAMENA, Departamento de Casanare, previa la actuación administrativa, liquidó mediante la Resolución 1041 de 2003 a cargo de BP Exploration Company, la transferencia del sector eléctrico por la generación de energía en la CPF (Centralized Production Facility) de Cusiana por valor de \$1.061.625.724,28 por el período comprendido entre junio de 1995 y septiembre de 2003.

La entidad petrolera presentó recurso de reposición contra la anterior decisión indicando que no es sujeto pasivo de la obligación puesto que no cumple con el hecho generador descrito en las normas aplicables, artículos 45 de la Ley 99 de 1993, 54 de la Ley 143 de 1994 y 1º del Decreto 1933 de 1994, dado que es auto-generador que consume la totalidad de la energía generada en los campos petroleros sin que la venda, ceda, ni traspase.

El Municipio confirmó su decisión al desatar el recurso, mediante Resolución 569 de 2004, reiterando su posición en torno a la generación del tributo por configurarse el hecho generador por parte de la entidad recurrente.

¹ Folio 659 cuaderno principal primera instancia

LA DEMANDA

BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los mencionados actos administrativos. Solicitó que se le restablezca en su derecho mediante la declaratoria de que no es sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico y que, por ende, no está obligada a pagar suma alguna al municipio por tal concepto.

Señaló como violados los artículos 817 del Estatuto Tributario, 45 de la Ley 99 de 1993, 3º, 4º, 5º y 11 de la Ley 143 de 1994 y 1º del Decreto 1933 de 1994. Adujo la violación indirecta del artículo 29 de la Constitución Política.

Fundamentó su acusación en los siguientes conceptos:

1. Prescripción de la acción de cobro con base en el artículo 817 del Estatuto Tributario para el periodo comprendido entre junio de 1995 y septiembre de 1998.

Sustentó el cargo indicando que la norma tributaria nacional es aplicable al tributo en mención dado que, como indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 1998, se trata de una “contribución” a la cual se aplica lo regulado en dicho estatuto en cuanto a las formas de extinción de la obligación tributaria. Resaltó que el término “transferencia” no ha sido empleado por la ley en sentido técnico.

En concordancia con ello, solicitó la declaratoria de prescripción de la eventual acción de cobro para el período comprendido entre junio de 1995 y septiembre de 1998 por un monto de \$225.227.772,14 en virtud de que el primer acto tendiente a la determinación del impuesto fue de fecha 17 de octubre de 2003 expedido cinco años después del último período.

2. Violación de los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, 54 de la Ley 143 de 1994 y 1º del Decreto 1933 de 1994 al ampliar la liquidación oficial de la contribución a sujetos no obligados por ley.

Adujo que el hecho causante de la obligación tributaria es la generación de energía hidroeléctrica y térmica que se venda, el cual denota capacidad

contributiva. Entendió adicionado este hecho por eventos de simple entrega o reparto a cualquier título a otros sujetos distintos de los que la producen. En su opinión, la simple autogeneración sin venta de excedentes o sin transferencia de los mismos o de su energía eléctrica no está gravada.

Añadió que, dado que la compañía emplea la energía que produce exclusivamente en su campo petrolero sin que existan ventas, cesiones o traspasos de la misma, ni a terceros ni a sus asociados, no se configura, en su caso, el hecho generador señalado en las normas mencionadas.

Expresó su desacuerdo con la posición del Municipio de que la simple generación de energía causa el tributo con lo cual se desconoce, en su parecer, el sentido de la Ley 143 de 1994, toda vez que se requieren para el efecto dos presupuestos de hecho: la existencia de ventas y la interconexión con el sistema eléctrico para la transferencia

Reiteró que, de acuerdo con el contrato de asociación, "... la generación eléctrica que se produce no es llamada a ser comercializada..." sino a "... atender sus propias necesidades..."²

Añadió que el municipio liquidó erróneamente la base gravable, pues tomó como base la generación de energía por cuenta propia y no las ventas, incluidas las cesiones, por generación propia, que es lo que, en su criterio, ordena la norma. Y dado que no hay ventas de BP por este concepto, no hay transferencia a pagar.

3. Violación de los artículos 3º, 4º, 5º y 54 de la Ley 143 de 1994 por cuanto los auto-generadores son ajenos a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Manifiestó que el objetivo de la mencionada ley es "... regular el servicio público de energía, el cual implica la generación para la distribución y venta al consumidor final, razón por la cual no es aplicable a los auto-generadores, como es su caso, que por no vender, ni ceder, ni distribuir energía a terceros, no se entienden

² Folio 13 ib.

involucrados en el sector regulado...”³ por lo que no les es aplicable la norma en mención ni el artículo 54, en particular, referente a la transferencia.

4. Violación del artículo 29 de la Constitución Política referente al debido proceso por fundamentarse la actuación del Municipio en actos administrativos indebidamente notificados.

Indicó que la Resolución 181558 de 30 de diciembre de 2002 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, por la cual se determinó la capacidad nominal instalada de las unidades generadoras operantes en las CPFs de Cusiana y Cupiagua, no le fue notificada por edicto, ni en forma personal y, por tanto, le es inoponible.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Tauramena en la contestación de la demanda se opuso a todas las pretensiones y solicitó la declaración de los siguientes puntos:

1. Aplicación del debido proceso en la normatividad citada para el procedimiento administrativo por parte del municipio, para cuya sustentación hace una relación de las normas aplicables concluyendo que “... por no existir un procedimiento especial para el cobro de la transferencia del Sector Eléctrico y por no ser ésta impuesto, en aplicación del debido proceso, no era posible aplicar el Estatuto Tributario...”⁴

2. Elementos de la obligación de la transferencia del sector eléctrico en los auto-generadores, para lo cual invoca los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994, así como variada jurisprudencia, concluyendo que el sujeto pasivo de la obligación en estudio, son las empresas generadoras de energía, las personas jurídicas privadas que a cualquier título entreguen o repartan la energía por ellos producida entre sus socios y/o asociados, y los auto-generadores, es decir, los que producen energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades, como es el caso de BP Exploration Company, sin que interese, además, que sean o no propietarios de las plantas generadoras.

³ Folio 18 ib.

⁴ Folio 535 ib.

Adujo que, para el caso de los auto-generadores, se equipara la generación propia a lo que denomina “hecho gravable...” de “... ventas brutas por generación propia...”⁵

3. Estricto cumplimiento de un deber legal. Enuncia los artículos 79, 80, 334 y 338 de la Constitución Política, los antecedentes legislativos de la Ley 99 de 1993, la Ley 143 de 1994 y el Decreto 1933 de 1994, para concluir que el Municipio de Tauramena cumplió a cabalidad con tales normas.

4. El respeto a la Ley y primacía del derecho sustancial. Reiteró, básicamente, la argumentación anterior referente a que la entidad territorial cumplió con las normas mencionadas.

5. Obligatoriedad de compensar por parte del operador, por el hecho de contaminar el medio ambiente y la legitimidad del municipio para liquidar la transferencia, para lo cual indica que la finalidad de la transferencia es compensar el daño causado al medio ambiente por las empresas generadoras de energía eléctrica, por lo que procede su cobro a la sociedad actora.

6. Prescripción de la acción de cobro. Señaló que no es aplicable, al caso en mención, el Estatuto Tributario pues la transferencia es una “participación y/o aporte”⁶ y no un tributo ni obligación fiscal, por lo que la normatividad aplicable en torno al tema de la prescripción son los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, de acuerdo con los cuales la actuación se encuentra dentro del término de prescripción de 10 años allí contemplado.

7. Ámbito de aplicación de la Ley 143 de 1994. Manifestó que la transferencia se aplica a quien impacte el medio ambiente por la generación de energía eléctrica siendo indiferente que su finalidad sea la venta o el autoconsumo.

LA SENTENCIA APELADA

⁵ Folio 542 ib.

⁶ Folio 558 ib.

El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante fallo del 17 de mayo de 2007, declaró la nulidad parcial de los actos demandados en cuanto determinaron el valor a pagar por concepto de la transferencia, por el período comprendido entre junio de 1995 y el 18 de junio de 1997, con base en que no tenía, la sociedad contribuyente, la capacidad instalada nominal de generación requerida para la causación del tributo, con anterioridad al 19 de junio de 1997, pues, como señala la Resolución 181558 del 30 de diciembre de 2002 y sus soportes técnicos, ello sólo sucedió después de la entrada en operación del turbo generador a gas GTB-8002 en dicha fecha, a partir de la cual empezó a superar en la CPF de Cusiana los 10.000 kw.

Denegó las demás pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos, para lo cual indicó que seguiría de cerca las argumentaciones sostenidas en proyecto de fallo similar presentado en proceso contra Corporinoquia por la demandante⁷:

1. La Ley 143 de 1994 introdujo nuevos sujetos pasivos de la obligación en discusión, a saber, los auto-generadores de energía eléctrica, sin que sea relevante que transfieran la generación propia o la utilicen para atender sus propias necesidades. Invoca la aplicación interpretativa al caso del artículo 18 de la Ley 142 de 1993 sobre Servicios Públicos Domiciliarios que a la letra indica: “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”.

Añadió en apoyo de este planteamiento que no tendría sentido que se exigiera la coadyuvancia con las cargas públicas para preservación del medio ambiente a los “... usufructuarios del recurso público ‘ambiente sano’” que transfieran la energía, en tanto que se deje por fuera a otros que igualmente impactan el medio ambiente pero que no realizan la transferencia.

2. En torno a la prescripción de la obligación discutida, indicó el Tribunal que, no es aplicable al caso en estudio el Estatuto Tributario pues no hay remisión expresa a dicha regulación ni la transferencia hace parte del tipo de impuestos contenidos en dicho estatuto. Añadió que, si en gracia de discusión se considerara aplicable

⁷ Exp. 85001233002-2003-00373-00, proyecto registrado el 25 de abril de 2007, folio 661 ib.

el Estatuto Tributario Nacional, el artículo 817 sobre prescripción de la acción de cobro, no se aplicaría a los actos demandados, pues esta norma se refiere a una etapa posterior, la de determinación del tributo.

Debido al carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa, se abstuvo expresamente de considerar el argumento en mención con la normatividad relacionada con la prescripción del aforo oficial no invocada por la demandante.

Por último, señaló que, si a falta de normatividad especial aplicable al caso en discusión, se acudiera a los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, la prescripción ordinaria allí contemplada se generaría en diciembre 27 de 2012, es decir, 10 años después de la puesta en vigencia de la modificación por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002 lo que tampoco invalidaría la actuación.

3. En cuanto a la determinación de la base gravable, señaló que resulta inaceptable la fórmula propuesta por la demandante de multiplicar por cero ventas brutas la tarifa CREG para inferir una contribución de cero pesos, pues a falta de transferencias, cesiones o ventas de energía, el cálculo de la base impositiva se debe hacer sobre la base de la generación propia.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante en el escrito del recurso de apelación contra la anterior providencia, solicitó se revoque la sentencia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

1. Alcance de los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994 y alcance del Decreto 1933 de 1994.

Adujo que no hay tres sujetos pasivos de la contribución sino solo dos. Señaló que la lectura contextual de las normas legales precitadas y, en particular, del artículo 54 de la Ley 143 de 1994, teniendo en cuenta el predicado aplicable por igual a todos los sujetos mencionados en esta norma, permite concluir que "... la norma

condiciona el surgimiento del gravamen a una transferencia, gratuita u onerosa de energía producida....”⁸ para todos los casos.

Observó que tal es el hecho revelador de la capacidad contributiva, necesario para la imposición del tributo.

Concluyó la apelante que “... los auto-generadores que no realizan ventas o que no ceden la energía producida (...), no están obligados por no realizar el hecho generador que no existe frente al **autoconsumo**...”⁹

2. Análisis de los elementos del tributo.

La recurrente hace un análisis del sujeto pasivo, el hecho generador y la base gravable.

Sobre el **sujeto pasivo** reitera, en primer lugar, que éste es, de acuerdo con la Ley 99 de 1993, el generador de energía cuya base gravable se determina sobre las ventas brutas de la generación propia, y por tanto excluye a los simples comercializadores.

En segundo lugar, sostiene que, en los términos de la Ley 143 de 1994, también son sujetos pasivos los auto-generadores, clasificados en dos subgrupos: las empresas que vendan excedentes de energía y las que los reparten entre sus socios o asociados.

Es decir, en relación con los auto-generadores, la actividad gravada debe estar necesariamente ligada a la transferencia de excedentes a terceros, el cual no es su caso pues, si bien BP Exploration Co. es auto-generadora, al no estar interconectada con el sistema nacional, no vende, por lo que no está calificada como sujeto pasivo.

Agrega que gravar a los auto-generadores sobre la base de su generación propia, a los simples comercializadores sobre la comercialización y a los generadores que transfieran energía sobre la base de esta transferencia determinaría una desigualdad notoria e injusta en cuanto a la fijación de las bases gravables.

⁸ Folio 13 ib.

⁹ Folio 17 ib.

En torno al **hecho generador**, señala que el verbo rector indicador de la materia imponible o fenómeno expresivo de riqueza, para el mencionado tributo, no es “generar” ni “autogenerar”, pues estas palabras se refieren al sujeto pasivo, sino los verbos “vender”, “entregar” o “repartir” la energía producida. Éstos denotan la actividad que el legislador quiere gravar, dentro de la cual no está la de “auto-consumir”.

Tampoco existe, en su parecer, alusión alguna a que el hecho generador sea simplemente la acción de “descontaminar”.

Respecto de la **base gravable** indica que ésta consiste en la realización de las ventas brutas de energía por generación propia “... de forma tal que en la base gravable no puede tenerse en cuenta ninguna generación que no haya sido vendida ni cedida...” lo cual descarta el autoconsumo¹⁰.

3. No aplicación de la Ley 143 de 1994 a los auto-generadores

Plantea la demandante que el objetivo de la mencionada Ley es regular la cadena de actividades que van desde la generación hasta la entrega de energía al consumidor final, no aplicable, por tanto, a los auto-generadores “... ya que los mismos no pertenecen al sector eléctrico de servicios públicos, no tienen por objeto la prestación de dichos servicios, no venden, ni traspasan la energía que genera (sic), porque la produce (sic) para su propio consumo...”

Concluye que “...los impuestos específicos del sector eléctrico defieren (sic) de los impuestos específicos del sector de explotación de recursos naturales petroleros”¹¹.

4. La finalidad del tributo en cuestión

Rechaza la metodología finalista de razonamiento del *a quo* indicando que para los tributos ambientales basados en el principio “el que contamina paga”, la base gravable para el tributo sería el valor de ventas estandarizado de la energía o si, se trata de consumo o auto-consumo, sería el costo asumido para producir.

¹⁰ Folio 27 ib.

¹¹ Folio 23 ib.

Concluye que "... en el tributo analizado es indiferente a la obligación el costo de la función que se pretende financiar. Incluso en la porción que va para los municipios se advierte que éstos pueden utilizar los recursos en infraestructura vial o en cualquier otro proyecto del plan de desarrollo con lo cual su alejamiento a los principios ecológicos es mayor".¹²

Agrega, finalmente, que la auto-generación por cogeneración hecha por BP utiliza un procedimiento que disminuye el impacto ambiental frente a otras alternativas generativas de energía.

5. La liquidación del tributo

Se opone a la liquidación efectuada por el municipio pues, en su criterio, se "... calcula el tributo sobre una base mayor a la real, ya que si bien descuenta lo correspondiente a Ecopetrol en su calidad de asociado, no sustrae lo relativo a los demás asociados, titulares conjuntos de los activos, ni descuenta lo relativo al porcentaje de dichos activos que fue adquirido por Ocesa, lo que hace ilegal la liquidación"¹³.

6. Prescripción de la obligación y la caducidad de la potestad liquidadora

Resalta su posición que el Estatuto Tributario es plenamente aplicable en la materia a tributos administrados por las entidades territoriales y, en particular, a esta contribución de naturaleza fiscal, por lo que no comparte la opinión del municipio de pretender la aplicación de las normas generales del Código Civil. Invoca los artículos 59 de la Ley 788 de 2002 y 66 de la Ley 383 de 1997 que remiten expresamente al Estatuto Tributario Nacional para el efecto.

Deduce de lo anterior, la recurrente, la aplicación del artículo 817 ET al caso en estudio y, por ende, la prescripción de la acción de cobro en los términos de dicha norma por cuanto "... la obligación nació a la vida jurídica cuando **supuestamente** ocurrió el hecho gravado, su exigibilidad se dio cuando se venció el plazo para el pago del impuesto, momento en el cual comenzó a correr el término de

¹² Folio 29 ib.

¹³ Folio 31 ib.

prescripción y en marzo de 2003 se inició el proceso de cobro de la obligación, posibilidad que ya había caducado por haber pasado más de 5 años de su exigibilidad”¹⁴.

Descarta la aplicación del artículo 717 ET sobre “... competencia temporal... para proferir la liquidación de aforo porque esta procede solo en ausencia de una **declaración** obligatoria que no existe en el caso de las transferencias”¹⁵.

Señala que, en todo caso, de aceptarse la aplicación del artículo 717 ET, no obstante no haber sido invocado en la demanda, el fallador de segunda instancia debería pronunciarse al respecto en virtud del principio de supremacía de la sustancia sobre la forma consagrado en el artículo 228 CP.

TRÁMITE PROCESAL

El Municipio y la sociedad petrolera demandante solicitaron la terminación anticipada del proceso, con fundamento en el pago del capital e intereses a la fecha del pago. Esta solicitud fue denegada por auto del Despacho Sustanciador con fundamento en la declaratoria de inexecuibilidad¹⁶ con efectos retroactivos de la norma invocada por la actora como fundamento de la conciliación, los incisos tercero a sexto y el párrafo del artículo 77 de la Ley 1328 de 2009.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reitera, en lo esencial, en su alegato de conclusión, los argumentos contenidos en la sustentación del recurso en cuanto a la no existencia de tres diferentes sujetos pasivos de la contribución, al hecho generador relacionado con la venta o cesión de energía, la liquidación del tributo sin tener en cuenta otros asociados de BP y, la prescripción de la obligación y la caducidad de la potestad liquidadora.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

¹⁴ Folio 35 ib.

¹⁵ Folio 34 ib.

¹⁶ Corte Constitucional sentencia C-333 de 12 de mayo de 2010

La Procuraduría Sexta Delegada conceptuó a favor de la anulación parcial de la sentencia apelada excluyendo del cálculo de la obligación a cargo de la sociedad demandante determinada por la administración municipal, el valor correspondiente al período de junio de 1995 y septiembre de 1998 en aplicación del artículo 717 ET sobre el agotamiento de la facultad de determinación oficiosa del tributo. En su criterio, ésta norma es aplicable por remisión expresa al régimen nacional por parte de los artículos 66 de la Ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002.

Respecto a los demás aspectos analizados en el fallo acusado, reafirma la actuación del *a quo*, y acorde con la sentencia C-594 de 2010 de la Corte Constitucional, resalta la naturaleza fiscal de la contribución que se comenta y la condición de sujetos pasivos del impuesto de los auto-generadores de energía, es decir aquéllos que la producen para su propio consumo. Igualmente, la condición de hecho generador de la generación de energía, así como la determinación de la base gravable mediante la aplicación de la tarifa a las ventas en bloque y para el caso de los auto-generadores, los cogeneradores y los productores marginales, con base en la generación propia multiplicada por la tarifa señalada por la CREG para el efecto.

Agrega que, a diferencia de lo planteado por la apelante, no se viola, en su criterio, el principio de igualdad pues "... el hecho que se grava es la *generación de energía*, sin interesar la destinación que se le de (sic), esto es, sin que sea determinante si se genera para entregarla a cualquier título o para consumo de su propia actividad"¹⁷.

Tampoco se viola por la forma de determinación, pues ella proviene directamente de la Ley la cual otorga al cálculo de la generación propia multiplicada por la tarifa de la CREG un valor equivalente al de las ventas brutas.

Por último, reafirma la finalidad compensatoria proteccionista del medio ambiente de la transferencia en mención, sin que esté "... demostrado que la actividad de la actora no genere ese deterioro al medio ambiente que pudiera justificar la no contribución a su cargo como auto-generador; por el contrario, la apelante acepta que con el modo en que opera en la autogeneración de energía '*el nivel de contaminación si es menor*'..."¹⁸.

¹⁷ Folio 118 reverso ib.

¹⁸ Folio 119 ib.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto de fondo gira en torno a si los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y, en particular, el 54 de la Ley 143 de 1994, que regulan la contribución parafiscal denominada legalmente “transferencia del sector eléctrico”, incluyen dentro de los sujetos pasivos a los auto-generadores de energía eléctrica que no transfieren, a ningún título, a terceros, la energía producida, es decir, aquéllos que la utilizan totalmente para su consumo.

Otro aspecto planteado en el recurso y en la demanda, rechazado por el Tribunal y que deberá considerarse en esta oportunidad procesal, es si ha transcurrido el término legal dentro del cual el Municipio estaba facultado para exigir total o parcialmente el tributo.

En relación con el cuestionamiento de la forma de liquidar el tributo, planteado por la demandante en el escrito de la apelación, consistente en que, en su criterio, el Municipio debió tener en cuenta a los demás asociados de la entidad petrolera y, por tanto, descontar los montos correspondientes del valor fijado a su cargo, se estima, en congruencia con lo observado al respecto por el agente del Ministerio Público¹⁹, que no puede tenerse en cuenta en esta instancia procesal, en la medida en que ese asunto no fue planteado en la vía gubernativa ni tampoco lo fue en la demanda, por lo tanto, es un tema que escapa por completo al tema del debate jurisdiccional y con mayor razón al debate en esta instancia procesal.

Ha de observarse que el objetivo del recurso de apelación, acorde con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil (CPC) sobre “Fines de la apelación”, en concordancia con el artículo 352 sobre “Oportunidad y requisitos” parágrafo 1º, es estudiar la cuestión decidida en la providencia de primer grado, sobre la base de los motivos de inconformidad con dicha decisión y mal lo puede ser respecto de un asunto que no se puso en consideración del fallador de primera instancia en el momento procesal oportuno: la presentación de la demanda²⁰.

¹⁹ Folio 120 reverso ib.

²⁰ Debe resaltarse que este punto jurídico es diferente a aquél referente a la posibilidad de plantear nuevos argumentos en la acción jurisdiccional no invocados en la vía gubernativa (cfr. Sent. 24 de septiembre de 2009, exp. 00636, Sección Primera, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta; Sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 12217, Sección Primera, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta; Sentencia de 17 de marzo de 2005, exp.

1. Los sujetos pasivos de la “transferencia del sector eléctrico”

La argumentación de la recurrente para controvertir la providencia del Tribunal se puede desglosar en tres aspectos:

Primero: hace un análisis gramatical de las normas en cuestión para concluir que los auto-generadores que no transfieren a terceros la energía generada no son sujetos pasivos de la contribución.

En segundo lugar, hace un análisis sistemático de la Ley 143 de 1994 para indicar que, dada su temática, referida exclusivamente al sector eléctrico de servicios públicos, no puede aplicarse a los auto-generadores cuyo objeto social es diferente al de las entidades destinatarias de la Ley.

Por último, se refiere a la finalidad de la norma para desconocer la validez de la vinculación, deducida por el *a quo*, entre la contribución y el efecto de “contaminar” para señalar como pertinente el de “ventas brutas” por la generación propia.

En relación con el análisis gramatical, encuentra la Sala que efectivamente debe procederse a estudiar el texto de las normas en mención a fin de determinar si acorde con las voces del artículo 27 del Código Civil (CC) su sentido es claro respecto del punto en controversia.

El artículo 45 de la Ley 99 de 1993 establece el tributo que se comenta²¹. Señala la norma en su parte pertinente:

“Artículo 45.- Transferencia del sector eléctrico. Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada total supere los 10.000 Kilovatios transferirán el 6% 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...”. (subrayado fuera del texto)

Dentro de la hipótesis legal descriptiva de la transferencia, la parte subrayada, consistente en el sujeto calificado de la oración, es el supuesto de hecho al que se

14113, Sección Cuarta, C.P. María Inés Ortiz Barbosa; Sentencia de 18 de septiembre de 2002, exp. 0377, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz)

²¹ El antecedente legislativo de la contribución es la Ley 56 de 1981 en cuyo artículo 12 la establecía para las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios

aplica la consecuencia consistente en “transferir” el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia.

Es decir, del hecho de encontrarnos con una empresa generadora de energía con potencia nominal instalada superior a 10.000 Kw., se sigue que está en la obligación de pagar el tributo.

Siendo éste el sujeto pasivo inicial de la contribución, la Ley 143 de 1994 amplía a otros sujetos la obligación tributaria. Sobre este punto no hay discusión. La discusión gira en torno al número de sujetos pasivos. Veamos.

Contempla la parte relevante del artículo 54 de la Ley 143 de 1994:

“Los auto-generadores, 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...”
(subrayado fuera del texto)

El texto subrayado consagra el supuesto de hecho descriptivo del sujeto pasivo al que se aplica la consecuencia jurídica: “... están obligados a cancelar la transferencia...”

Nos encontramos con un sujeto sintáctico compuesto por varios sustantivos separados por comas, algunos de éstos con modificadores.

Los sustantivos que conforman el sujeto de la oración son tres: auto-generadores, empresas y personas jurídicas privadas.

Debe descartarse, en primer lugar, que los dos últimos sean una discriminación del “género” contemplado en el primero, como erróneamente afirma la actora, pues es claro que se trata de tres individuos diferentes y que no hay intención alguna en la oración de decir que al “género”: “auto-generadores” pertenecen dos categorías distintas: empresas y personas jurídicas privadas.

Si hubiera sido esa la intención, con seguridad se hubiera empleado en vez de coma, los dos puntos o un conector como “es decir” o “a saber”. La coma claramente indica que los tres individuos se hallan en el mismo grado de generalidad. Esto nos permite concluir que, definitivamente, nos encontramos

frente a tres individuos diferentes, es decir, tres sujetos diferentes, a los cuales se les aplica la consecuencia, con o sin modificadores, de “estar obligados a cancelar la transferencia”.

El siguiente ejercicio nos permite verificar el acierto de esta conclusión: Si son tres sujetos diferentes, al quitarle a la oración la parte correspondiente a los demás sujetos y solo escribiéndola con uno de ellos cada vez, seguirá teniendo sentido completo en sí misma, pudiéndose formar tres oraciones separadas y completas. Y efectivamente eso es posible como se observa:

- “**Los auto-generadores**... están obligados a cancelar la transferencia...”

- “... **las empresas** que vendan excedentes de energía eléctrica... están obligad[a]s a cancelar la transferencia...”

- “... **las personas** jurídicas privadas, que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan están obligad[a]s a cancelar la transferencia...”

(modificadas las letras entre corchetes para hacer coincidir con el género del sustantivo)

Ahora, tampoco encuentra de recibo la Sala, lo manifestado en el escrito del recurso en el sentido de que los modificadores (no predicado) del tercer individuo, que es también sujeto (las personas jurídicas privadas), se aplican por igual a los dos primeros sujetos (auto-generadores y empresas) pues a cada sujeto le sigue o no, su correspondiente modificador, sin que el estilo gramatical utilizado por el legislador permita concluir que haya dejado para el final del sujeto gramatical, compuesto de tres individuos, todos los modificadores a todos aplicables.

Es más lógico suponer que a continuación de cada individuo (que también es sujeto gramatical y, por ende, en este contexto normativo, sujeto pasivo de la contribución) puso o nó el legislador, el correspondiente modificador.

En efecto, se observa que las tres oraciones separadas y completas contienen, cada una, su propio modificador o complemento del sujeto:

- “Los auto-generadores... están obligados a cancelar la transferencia...” (sin modificador)

- “... las empresas **que vendan excedentes de energía eléctrica**... están obligad[a]s a cancelar la transferencia...”

- “... las personas **jurídicas privadas, que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan**, están obligad[a]s a cancelar la transferencia...”

Mal puede afirmarse que el modificador, si bien largo, del tercer sujeto se debe aplicar total o parcialmente (en lo que está entre comas) a los dos primeros sujetos, pues de ser así, se opondría al segundo sujeto (empresas) el cual ya tiene su propio modificador (con el verbo “**vendan**”) abiertamente contrapuesto al del tercer sujeto (verbos “**entreguen**” o “**repartan**”).

¿Por qué ha de interpretarse la norma de una forma que genera contradicciones si la lectura directa no las presenta?

Tampoco tendría sentido alguno pretender aplicar la parte final del modificador del tercer sujeto (que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan) sólo al primer sujeto (que carece de modificador por voluntad expresa de legislador) sin hacerlo así, es decir, saltándose al segundo sujeto.

Esto podría ser más desarrollo de un criterio de conveniencia que de la interpretación del texto legal.

En conclusión, del análisis del tenor literal del texto legal, se deduce, primero, que no hay confusión u oscuridad en lo que quiso decir el legislador (obviamente el que el intérprete no esté de acuerdo no es razón suficiente para plantearla). Y segundo, que efectivamente, como lo ha sostenido el *a quo*, la ampliación legislativa del sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico hecha por la Ley 143 de 1994, involucró a más de un actor adicional en la obligación de pagarla, de hecho, involucró a tres nuevos sujetos pasivos no contemplados en la norma que inicialmente la creó, a saber: los auto-generadores, las empresas (que

vendan excedentes de energía eléctrica) y las personas jurídicas privadas (que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan).

Por último, resulta conveniente indicar que dado que un auto-generador no vende la energía producida y, por ende, no puede cuantificarse la contribución a su cargo con base en el valor de la “ventas brutas”, fijó la Ley 143 de 1994, en su artículo 54, una forma particular de liquidarla ordenando que el cálculo de las mismas se hará “como la generación propia multiplicada por las tarifas que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto”.

En relación con la ampliación de los sujetos pasivos de la transferencia del sector eléctrico y de la forma de liquidarse se ha pronunciado la Sala en idéntico sentido en varias ocasiones así:

En sentencia de 3 de diciembre de 2009²², sostuvo la Sala al referirse a los elementos del tributo que son:

“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.”

Y más adelante indicó:

“... 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**).

(..)

²² Exp. 17402, C.P. William Giraldo Giraldo; Cfr. también Sentencias de 26 de octubre de 2009, exp. 17226, C.P. Héctor J. Romero Díaz; y del 29 de octubre de 2009, exp. 16976, C.P. William Giraldo Giraldo

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.**”

Sobre la liquidación de la transferencia para los auto-generadores manifestó dicha providencia:

“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” (1).

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...”

(1) 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”.

Siendo este análisis textual suficiente para desestimar el cargo y, por ende, haciendo innecesario acudir al espíritu del legislador, según la regla del inciso segundo del artículo 27 CC, no sobra decir que es clara la finalidad proteccionista del medio ambiente que se busca con la transferencia, mediante la imposición del gravamen a quienes por sus actividades en materia energética, sea que la comercialicen o no, sea que la transfieran o no, puedan generar un impacto ambiental y tengan la responsabilidad social, por decisión del legislador, de coadyuvar con la función de las entidades públicas de atender prioritariamente proyectos de saneamiento básico y de mejoramiento ambiental, como lo ordena el artículo 51 de la Ley 143 de 1994, en concordancia con el inciso final del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, normas que a la letra dicen:

Ley 143 de 1993:

“**Artículo 51.** Las empresas públicas, privadas o mixtas, que emprendan proyectos susceptibles de producir deterioro ambiental tendrán la obligación de evitar, mitigar, reparar y compensar los efectos negativos sobre el ambiente natural y social generados en el desarrollo de sus funciones, de conformidad con las normas vigentes y las especiales que señalen las autoridades competentes.”

Ley 99 de 1993:

“Artículo 45.-

(..)

Estos recursos [los *provenientes de la transferencia*] 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”. (comentario entre corchetes fuera del texto original)

Ha de observarse que el artículo 54 de la Ley 143 de 1994, que incluyó a los autogeneradores como sujetos pasivos de la contribución, se halla dentro del capítulo X de la Ley denominado “*De la conservación del medio ambiente*”, cuya finalidad autoriza, conceptualmente, la inclusión de entes que puedan tener un impacto ambiental por tales actividades, sea que las realicen dentro del objeto ordinario de sus negocios o no.

Respecto de este último punto en particular ha sostenido la Sala²³:

“2º. Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 143.

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.”

Evidentemente, como corolario de lo anterior y en coincidencia con lo sostenido por el Tribunal, hay una vinculación teleológica, entre la causación de la transferencia y el potencial impacto ambiental (llámese o no contaminación), siendo el concepto “**ventas brutas**” o “**ventas en bloque**” simplemente uno de los elementos de la fórmula para determinar el *quantum* de la contribución para quienes venden la energía producida, así como lo es el de la “**cantidad**” de **generación propia** de energía eléctrica (medida en Kilovatios) para aquéllos sujetos pasivos de la obligación tributaria que no vendan, sino que consuman su producción eléctrica²⁴.

²³ Ib.

²⁴ La finalidad compensatoria de esta contribución fue resaltada por la Corte Constitucional en sentencia C-495 de 1998 mediante la cual declaró la exequibilidad del artículo 45 de la Ley 99 de 1993

No prospera el cargo.

2. La facultad del municipio para determinar y cobrar el tributo

El punto gira en torno a si había transcurrido el plazo legal para que la administración municipal se pronunciara, total o parcialmente, sobre la obligación tributaria en discusión, mediante los actos administrativos acusados.

Para la Sala, en coincidencia con lo planteado por el Tribunal, no es claro que, en virtud de los artículos 66 de la Ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002, sean aplicables, al caso presente, las normas procedimentales contenidas en el Estatuto Tributario, dado que dicha normas se refieren al concepto de “impuestos”, en tanto que el tributo que aquí se debate es una “contribución especial”²⁵.

De acuerdo con esto, sería aplicable al caso presente y, a falta de norma especial que regule el tema o que remita a normativa particular, el término señalado en el artículo 2536 del Código Civil, que a la letra señala:

“**Artículo 2536. Prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria.** La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10). La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5)...”

Ahora bien, dado que la actuación administrativa no pretende el cobro de deudas tributarias preexistentes sino, por el contrario, consiste en el primer paso de determinación del tributo a cargo, no se puede asimilar a una acción ejecutiva sino a una ordinaria, para la cual el plazo de “prescripción” es de 10 años, de acuerdo con la norma del Código Civil antes transcrita, el cual no ha transcurrido en el caso presente, debido a que se refiere al período comprendido entre junio de 1995 y

²⁵ “**Ley 383 de 1997. Artículo 66.** Administración y control. Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados **con los impuestos administrados por ellos**, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional.” (resaltado fuera del texto)

“**Ley 788 de 2002. Artículo 59. Procedimiento tributario territorial.** Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, **a los impuestos por ellos administrados**. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos.” (resaltado fuera del texto)

septiembre de 2003, por lo que la prescripción empezaría a operar para las deudas por los primeros períodos, a partir de junio de 1995.

De otra parte, si en gracia de discusión se aceptara la aplicación del artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional, tampoco se podría deducir la prescripción de la actuación administrativa, debido a que dicha norma, hace referencia, igualmente, a la acción de cobro y no a la determinación del tributo.

Dice dicha norma:

“ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.
2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.
3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.
4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.”

De acuerdo con ello, el tributo ha de estar en firme, ya sea porque ha sido presentada y no controvertida la declaración de la liquidación privada (numerales 1, 2 y 3) o, porque ha quedado ejecutoriado el acto administrativo de determinación o discusión (numeral 4).

Ahora, si bien todo el proceso de preparación, determinación y cobro coactivo de la obligación tributaria puede llamarse, genéricamente y en lenguaje común, “cobro”, es obvio que el significado de la expresión es aquí muy preciso, técnico y se refiere a la etapa posterior a la determinación, privada u oficial, de la obligación²⁶. Es de anotarse que la norma se halla dentro del Título VII “*Extinción de la Obligación Tributaria*”, Capítulo II “*Formas de extinguir la obligación tributaria*” lo que supone la existencia de una obligación, clara y expresa, siendo la prescripción una de las formas para su extinción.

Como el caso en estudio se refiere a la controversia jurisdiccional de los actos administrativos de determinación oficial, no podemos suponer que nos hallemos en la hipótesis del cobro de la obligación, técnicamente entendida, por lo que la norma no es aplicable.

²⁶ ... y dando así aplicación al artículo 29 CC

En asunto similar sostuvo la Sala²⁷:

“... 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 2002²⁸, 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.

²⁷ Sentencia de 16 de septiembre de 2011, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, exp. 17546

²⁸ **“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.”

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... .”

Ahora, dado que la norma invocada en la demanda es exclusivamente este artículo 817 del Estatuto Tributario, dado el carácter rogado de la jurisdicción contencioso administrativa, debe la Sala abstenerse de confrontar la situación en estudio frente a otras normas que pudieran ser aplicables al caso en mención, por lo que se encuentra de recibo la posición del *a quo* que hizo lo propio en la decisión impugnada.

No prospera el cargo.

De acuerdo con lo anterior, dado que los auto-generadores como la sociedad demandante si son sujetos pasivos de la transferencia del sector eléctrico y, en virtud de que no se ha presentado la prescripción de la facultad impositiva del municipio, por no haber pasado los diez (10) años a que se refiere el artículo 2536 del Código Civil y no ser aplicable al presente caso el artículo 817 del Estatuto Tributario debido a que no se trata de una actuación de cobro de la contribución sino de su determinación, debe la Sala proceder a confirmar la providencia de primera instancia como en efecto se hará.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia del 17 de mayo de 2007 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Casanare accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la sociedad BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED contra el Municipio de TAURAMENA.

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

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ