

TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Su pago tardío causa intereses moratorios que se liquidan a la tasa del artículo 635 del E.T., al que remite el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006 / INTERESES MORATORIOS POR EXTEMPORANEIDAD EN EL PAGO DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Para liquidarlos no se aplica el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, sino el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, que remite al artículo 635 del E.T. / INTERESES MORATORIOS POR DEUDAS TRIBUTARIAS - La Ley 1066 de 2006 unificó la tasa para liquidarlos, incluidas las deudas derivadas de las contribuciones parafiscales, como la transferencia del sector eléctrico

Teniendo en cuenta que la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, debe definirse si se aplica el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, que se refiere a tasas y contribuciones, o el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 *“por el cual se reglamenta el artículo 45 de la Ley 99 de 1993”* [...] Así pues, mientras el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 señala que los intereses de mora por el pago tardío de la transferencia al sector eléctrico corresponden al 2.5% mensual sobre los saldos vencidos, el artículo 3 de la ley 1066 de 2006, remite al artículo 635 del Estatuto Tributario, conforme con el cual el interés moratorio corresponde a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora. En los actos acusados, CORPORINOQUÍA declaró que la demandante es deudor moroso de la transferencia del sector eléctrico causada entre el 1° de noviembre de 2007 y el 30 de agosto de 2008, por la suma líquida de \$383.349.624, *“más los intereses de mora establecidos en el Estatuto Tributario de conformidad con el Art. 3 de la Ley 1066 de 2006, causados desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta el día en que se haga efectivo el pago total”*. La Sala precisa que el interés moratorio a cargo de la actora debe liquidarse a la tasa que señala el artículo 635 del Estatuto Tributario, a la que remite el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, ya que, como se explicó, la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal y, en esa medida, encuadra en el supuesto de hecho del inciso 1° del artículo 3 de la Ley 1066 de 2006 según el cual *“los contribuyentes o responsables de las tasas, contribuciones fiscales y contribuciones parafiscales que no las cancelen oportunamente deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario”*. A lo anterior se añade que el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 debe entenderse subrogado parcialmente por el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, toda vez que a partir de la vigencia de esta norma, el legislador unificó la tasa a la que deben liquidarse los intereses moratorios que deben pagarse por las deudas tributarias, incluidas las derivadas de las contribuciones parafiscales. Por tanto, de acuerdo con la Ley 1066 de 2006, el contribuyente que no pague la transferencia dentro del plazo fijado en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, debe pagar un interés moratorio equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora, que es la tasa de interés moratorio prevista en el artículo 635 del Estatuto Tributario [...] En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006, el pago de la transferencia al sector eléctrico que se efectúe por fuera del plazo de los 90 días siguientes al mes que se liquida, genera los intereses de mora del artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, en concordancia con el artículo 635 del Estatuto Tributario [...]

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 - ARTICULO 45 / DECRETO 1933 DE 1994 - ARTICULO 4 / LEY 1066 DE 2006 - ARTICULO 3 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 635

NOTA DE RELATORIA: La síntesis del caso es la siguiente: B.P. Exploration Company Colombia Ltd. demandó los actos de Corporinoquía que la declararon deudora de la transferencia del sector eléctrico causada en la operación de los centros de producción y facilidades de Cusiana y Cupiagua por los meses de noviembre de 2007 a agosto de 2008. El Tribunal Administrativo del Casanare negó las pretensiones de la demanda, decisión que la actora apeló, luego de lo cual desistió parcialmente de las pretensiones para limitarlas a la procedencia de los intereses moratorios. La Sala confirmó la sentencia apelada, en cuanto señaló que los intereses se liquidaron correctamente, dado que para el efecto no se aplica el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, como lo aducía la actora, sino el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, que remite al artículo 635 del E.T. Lo anterior, en razón de que, a partir de la vigencia de esta ley, el legislador unificó la tasa a la que se deben liquidar los intereses de mora por todas las deudas tributarias, incluidas las derivadas de las contribuciones parafiscales, como la transferencia al sector eléctrico.

TRIBUTOS - Clases / IMPUESTO - Noción. Objeto. Características / TASA - Noción. Finalidad. Características / CONTRIBUCION - Naturaleza jurídica. Objeto

En general, los tributos están divididos en tres clases que son los impuestos, las tasas y las contribuciones. La jurisprudencia y la doctrina coinciden en afirmar que los impuestos son prestaciones pecuniarias que se cobran indiscriminadamente a toda persona, no recaen sobre grupos sociales, profesionales o económicos específicos, **no tienen relación directa con un beneficio que se derive para el contribuyente** y su pago no es obligatorio. Además, **los valores recaudados ingresan a las arcas generales del Estado para ser utilizados en la atención de todos los servicios necesarios, no de un servicio público específico.** Las tasas representan la remuneración que los particulares pagan por los servicios que, en general, el Estado presta. Las tarifas de las tasas son fijadas por las autoridades administrativas en proporción al costo del servicio prestado. Luego, las tasas buscan recuperar los costos que para el Estado generan la realización de una actividad o la prestación de un servicio y, además, la remuneración que pagan los particulares tiene relación directa con los beneficios obtenidos. Finalmente, las contribuciones representan ingresos tributarios, que se causan por el beneficio que obtiene el contribuyente aunque dicho beneficio es genérico para un grupo de personas y su producto está destinado a una obra pública o a la prestación de un servicio.

CONTRIBUCIONES - Clases / CONTRIBUCIONES FISCALES - Hacen parte de los ingresos corrientes de la Nación / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - No hacen parte de los ingresos corrientes de la Nación y tienen un régimen jurídico especial / CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - Naturaleza. Características

Con fundamento en el artículo 150 num. 12 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha establecido que las contribuciones pueden ser fiscales o parafiscales. Respecto de las contribuciones fiscales, la Corte ha dicho que hacen parte de los ingresos corrientes del Estado y frente a las contribuciones parafiscales ha precisado que son aquellas que no hacen parte de los ingresos corrientes de la Nación y que cuentan con un régimen jurídico especial. Las contribuciones parafiscales se definen en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto como gravámenes obligatorios establecidos por la ley, que **afectan a**

un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de los recursos, así como de los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable, **se efectúa de la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella.**

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 12

NOTA DE RELATORIA: Sobre las contribuciones parafiscales se citan las sentencias C-040 de 1994 y C-594 de 2010 de la Corte Constitucional.

TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Destinación de los recursos / TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - No es un impuesto de las entidades territoriales sino una contribución parafiscal con finalidad compensatoria / TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Finalidad

Los numerales 2 lit. b) y 3 lit. b) y el párrafo 1° del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, prevén que los recursos de la transferencia solo pueden ser usados por los municipios en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental, de los cuales solo pueden destinarse hasta el 10% para gastos de funcionamiento. Tales normas fueron demandadas por inconstitucionales, debido a que se estimó que establecían una destinación específica a rentas propias de las entidades territoriales, en desconocimiento del principio de autonomía fiscal de dichas entidades. En sentencia C- 495 de 1998, la Corte Constitucional declaró exequibles los citados preceptos jurídicos y concluyó que la transferencia del sector eléctrico no es un impuesto de las entidades territoriales sino una contribución que tiene una finalidad compensatoria, pues busca que quienes utilicen en su actividad recursos naturales renovables y no renovables con capacidad de afectar el medio ambiente, soporten los costos que se requieren para el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. En esa medida, la norma podía fijar la destinación de los recursos recaudados y, por tanto, no vulnera el principio de autonomía fiscal de las entidades territoriales [...] Posteriormente, todo el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 fueron demandados por violación del artículo 338 de la Constitución Política, porque, a pesar de que la transferencia del sector eléctrico es un tributo, dichas normas no indicaron, en forma clara y precisa, el sujeto activo, el hecho generador, el aspecto temporal para la exigibilidad del tributo y el procedimiento para el recaudo de la obligación. En sentencia C-594 de 2010, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las normas en mención y al referirse a la naturaleza jurídica de las transferencias al sector eléctrico, reiteró la sentencia C-495 de 1998, conforme con la cual la transferencia al sector eléctrico es una contribución, pero añadió que es de carácter parafiscal. Así, la Corte reiteró que la transferencia al sector eléctrico es un tributo (contribución) y, como tal, las normas creadoras respetaron los principios de legalidad y reserva de ley consagrados en el artículo 338 de la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 - ARTICULO 45 / LEY 143 DE 1994 - ARTICULO 54

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza de contribución parafiscal que ostenta la transferencia del sector eléctrico la Sección se ha pronunciado, entre otras, en sentencias de 26 de octubre de 2009, Radicación 85001-23-31-000-

2003-00372-01(17226), M.P. Héctor J. Romero Díaz; 29 de octubre de 2009, Radicación 85001-23-31-000-2003-10373-01-(16796), M.P. William Giraldo Giraldo; 3 de diciembre de 2009, Radicación 85001-23-31-000-2007-00038-01(17402), M.P. William Giraldo Giraldo y 16 de septiembre de 2011, Radicación 85001-23-31-000-2005-00361-01(17546), M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

HECHO GENERADOR DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Es la generación de energía / TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Sujetos pasivos / TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Sujetos activos / TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO - Naturaleza jurídica y finalidad. Destinación de los recursos

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el hecho generador de la transferencia del sector eléctrico es la generación de energía. Los sujetos pasivos son las empresas generadoras de energía hidroeléctrica, los autogeneradores, 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, siempre que la potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios. Asimismo, los sujetos activos son las corporaciones autónomas regionales con jurisdicción en el área donde se encuentran localizados la cuenca hidrográfica y el embalse; los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica y el embalse, y, para el caso de las centrales térmicas, las corporaciones autónomas regionales y los municipios donde se encuentren ubicadas las plantas generadoras. La transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, debido a que afecta a un grupo económico determinado, que corresponde a las empresas generadoras de energía, y la ley señaló expresamente que las corporaciones autónomas regionales destinarían los recursos de la transferencia a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto, esto es, en beneficio de los sujetos pasivos del gravamen, pues los recursos se utilizan para preservar y recuperar la zona afectada por los proyectos desarrollados. Además, los numerales 2 inc. 5 y 3 inc. 4 del artículo 45 de la Ley 99 de 1993 precisaron que los recursos recaudados por los municipios y distritos se invertirían en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 - ARTICULO 45 / LEY 143 DE 1994 - ARTICULO 54

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 85001-23-31-000-2010-00012-01(18871)

Actor: B.P. EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED

**Demandado: CORPORACION AUTÓNOMA REGIONAL DE LA ORINOQUIA –
CORPORINOQUIA**

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 12 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento especial¹ y la respuesta correspondiente², CORPORINOQUÍA expidió la Resolución 400 081 41 09 – 097 con la cual declaró a BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED, en adelante BP EXPLORATION, deudor moroso de la transferencia del sector eléctrico causada en la operación de los centros de producción y facilidades (CPF) Cusiana y Cupiagua por los meses de noviembre de 2007 a agosto de 2008, por valor de \$383.349.624, *“más los intereses de mora establecidos en el Estatuto Tributario de conformidad con el Art. 3 de la Ley 1066 de 2006, causados desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta el día en que se haga efectivo el pago total”*³.

Por Resolución 400 081 – 41 – 09 – 209 de 23 de septiembre de 2009, CORPORINOQUÍA confirmó en reposición el acto anterior⁴.

DEMANDA

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., B.P. EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED solicitó lo siguiente:

“1. Pretensión principal:

¹ Fls. 65 a 68 c.p. 1.

² Fls. 56 a 64 c.p. 1.

³ Fls. 30 a 32 c.p. 1.

⁴ Fls. 25 a 29 c.p. 1.

1.1. Que se declare la nulidad de las resoluciones 400.08.1.41-09-0097, del 9 de junio de 2009, y 400 08 1-41-09-209, del 23 de septiembre de 2009, proferidas por el "funcionario ejecutor" de CORPORINOQUÍA.

1.2. Que, como consecuencia de la nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que BP EXPLORATION no estaba obligada a liquidar y pagar la transferencia del sector eléctrico a que hacen referencia los actos demandados.

1.3. También a título de restablecimiento del derecho, solicito que se ordene a CORPORINOQUÍA devolver, debidamente indexadas y con los intereses corrientes y moratorios a que hubiere lugar, las sumas de dinero que haya recibido de BP EXPLORATION por concepto de la transferencia del sector eléctrico correspondiente a los meses a que se refieren los actos demandados.

2. Pretensión subsidiaria:

2.1. Que se declare la nulidad parcial de las resoluciones 400.08.1.41.09-0097, del 9 de junio de 2009, y 400 08 1-41-09-209, del 23 de septiembre de 2009, proferidas por el "funcionario ejecutor" de CORPORINOQUÍA.

2.2. Que, como consecuencia de la nulidad parcial de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que BP EXPLORATION sólo estaba obligada a liquidar y pagar la transferencia del sector eléctrico a favor de CORPORINOQUÍA en una proporción equivalente a su participación en la propiedad de los equipos de generación eléctrica instalados en los CPF de Cusiana y Cupiagua, y no en función del 100% de la potencia nominal instalada y a generación de energía atribuibles a esos CPF.

2.3. Adicionalmente, y también a título de restablecimiento del derecho, solicito que se ordene a CORPORINOQUÍA devolver, debidamente indexadas y con los intereses corrientes y moratorios a que hubiere lugar, los pagos en exceso o de lo no debido que haya recibido de BP EXPLORATION por concepto de la transferencia del sector eléctrico correspondiente a los meses a que se refieren los actos demandados. Para estos efectos, habrá de entenderse por pagos en exceso o de lo no debido aquellas sumas que superan el importe de la transferencia del sector eléctrico que se hubieran liquidado teniendo en cuenta únicamente la participación de BP EXPLORATION en la propiedad de los equipos de generación eléctrica instalados en los CPF de Cusiana y Cupiagua y no el 100% de la potencia nominal instalada y la generación de energía atribuibles a esos CPF".

Invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículo 45 de la Ley 99 de 1993.
- Artículo 54 de la Ley 143 de 1994.
- Artículo 3 de la Ley 1066 de 2006
- Artículos 1 y 4 del Decreto Reglamentario 1933 de 1994.
- Artículo 635 del Estatuto Tributario.

Como concepto de violación, la demandante propuso los siguientes cargos:

1. La actora no es sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico

BP realizó las operaciones en los centros de producción y facilidades de Cusiana y Cupiagua como mandataria (operadora) en los contratos de asociación que desarrolló con ECOPETROL, BP SANTIAGO OIL COMPANY y TEPMA (las asociadas).

Así, los bienes adquiridos por la actora se registran en la contabilidad de las asociadas en el porcentaje que les corresponda y éstas solicitan las deducciones a que haya lugar. Los costos y gastos en que incurre la operadora y que las asociadas reembolsan posteriormente, también son declarados por éstas de acuerdo con su porcentaje de participación, ya que, en ese evento, se trata de operaciones de posición propia realizadas a través de un mandatario.

OCENSA requiere energía eléctrica para desarrollar sus actividades en la zona, pero no necesita instalar una planta que sea totalmente de su propiedad. Por ello, se integró a la comunidad que tienen las asociadas sobre los equipos de generación de energía, con una participación del 30% de los equipos instalados en el CPF de Cusiana y del 12% en el CPF de Cupiagua.

En ese orden de ideas, la totalidad de los efectos jurídicos y económicos de las operaciones realizadas en los CPF de Cusiana y Cupiagua no pueden ser adjudicados a la demandante, porque esto implicaría desconocer que la actora, como mandataria, actúa en parte por cuenta propia y en parte por cuenta de las demás asociadas y de OCENSA.

En las Resoluciones 200-15-03-0188 y 200-15-03-0189 de 6 de mayo de 2003, la demandada reconoció que las operaciones desarrolladas en los CPF de Cusiana y Cupiagua no son exclusivas de la demandante, porque asignó la transferencia del sector eléctrico causada por la generación de energía en dichos campos a BP EXPLORATION y a ECOPETROL, en partes iguales. No obstante, en los actos

demandados, la Administración liquidó la transferencia del sector eléctrico únicamente a cargo de BP EXPLORATION.

De acuerdo con los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, 54 de la Ley 143 de 1994 y 1° del Decreto 1933 de 1994, el contribuyente o responsable de la transferencia del sector eléctrico es el “propietario” de la planta de generación o la “empresa generadora” aunque no sea propietaria de la planta. Dado que varias empresas son propietarias y operan los generadores instalados en los CPF de Cusiana y Cupiagua, la demandante no es sujeto pasivo o responsable del impuesto.

En la escritura pública 2285 de 7 de diciembre de 2000 consta que la propiedad de los equipos de generación eléctrica de los CPF de Cusiana y Cupiagua no es exclusiva de la demandante, pues la participación de BP EXPLORATION en los contratos de asociación es del 19%, que equivale a un interés del 16.72% en los equipos de generación y la energía generada en el CPF de Cupiagua y del 13.3% en el CPF de Cusiana.

Los porcentajes de participación de la demandante frente a la potencia nominal instalada de los generadores de energía de los CPF Cusiana y Cupiagua, certificada por el Ministerio de Minas y Energía mediante Resoluciones 18-1129 de 15 de julio de 2008 y 18-1558 de 30 de diciembre de 2002, indican que a la actora le corresponde una potencia nominal instalada en el CPF de Cusiana de 9013,41 kW y en el CPF de Cupiagua de 6937,12 kW.

Así, el derecho de propiedad de la actora sobre los equipos de generación de energía no alcanza los 10.000 kW de potencia nominal instalada, que es el índice de capacidad contributiva señalado en los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 1° del Decreto Reglamentario 1933 de 1994 y, por consiguiente, no es sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico.

Cinco empresas participan en la generación de energía y se benefician de ella según el porcentaje de participación que tengan en la copropiedad. Entonces, la energía generada por los equipos no pertenece exclusivamente a la demandante, porque está destinada en parte a las asociadas, a la explotación de hidrocarburos en desarrollo de los contratos de asociación y a OCENSA para el funcionamiento

del Oleoducto Central, y CORPORINOQUÍA solo puede reclamar de la demandante el pago del impuesto que corresponda a su posición propia.

Los actos acusados desconocen que, salvo excepciones legales, la responsabilidad frente al impuesto es individual y recae sobre el contribuyente o responsable, ya que pretenden que la actora asuma el 100% de la transferencia del sector eléctrico causada en los CPF de Cusiana y Cupiagua.

2. Violación al debido proceso

Las Leyes 99 de 1993 y 142 de 1994 regularon aspectos sustanciales de la transferencia del sector eléctrico, pero no señalaron el procedimiento que debía seguirse para su liquidación oficial ni facultaron a las corporaciones autónomas regionales para administrarla y recaudarla. En efecto, el artículo 31 num. 13 de la Ley 99 de 1993 solo facultó a las corporaciones autónomas regionales para recaudar los gravámenes causados por el uso de los recursos naturales renovables, no de los que se generan por la transferencia del sector eléctrico.

Para determinar el impuesto a cargo de la actora, la demandada siguió el trámite que el Estatuto Tributario Nacional consagra para la revisión de las declaraciones privadas. No obstante, debió seguir el procedimiento de aforo, pues no hubo declaración privada.

Adicionalmente, el funcionario que profirió el requerimiento especial fijó a su arbitrio el término para responder y la Resolución 400.08.1.41-09-0097 de 9 de junio de 2009 *“por medio de la cual se declara deudor moroso por el no pago de las transferencias del sector eléctrico a la empresa B.P. Exploration”* no fue motivada.

3. Indebida liquidación de los intereses moratorios

En la Resolución 400.08.1.41-09-0097 de 9 de junio de 2009, CORPORINOQUÍA ordenó liquidar intereses de mora del Estatuto Tributario Nacional sobre la suma adeudada, en aplicación del artículo 3 de la Ley 1066 de 2006. Sin embargo, dicho precepto no se aplica en este caso ya que la transferencia del sector eléctrico es

un impuesto con destinación específica y el artículo en mención únicamente se refiere a intereses de mora en tasas y contribuciones. En consecuencia, en este caso no hay lugar a la liquidación de los intereses moratorios previstos en el artículo 635 del Estatuto Tributario Nacional, sino a los intereses que señala el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, que es norma especial para la transferencia del sector eléctrico.

4. La demandante no debe responder por obligaciones tributarias de terceros

La demandada reclamó de la actora el pago del 100% del tributo liquidado, no obstante que la participación de ésta en el CPF Cusiana es del 13.3% y en el CPF Cupiagua del 16.72%.

Los contratos de asociación no justifican el cobro, porque estos son convenios de colaboración que no constituyen una persona jurídica nueva ni afectan la individualidad de las asociadas, ya que cada compañía liquida y paga los impuestos del orden nacional por los bienes y réditos que obtenga en la operación conjunta. Además, no existe un contrato que vincule a OCENSA con la actora ni con las demás asociadas, pues solo se tiene el cuasicontrato de comunidad sobre la propiedad en común y proindiviso, de los activos de generación de energía ubicados en los CPF Cusiana y Cupiagua.

En consecuencia, la obligación a cargo de la actora debe liquidarse de acuerdo con el porcentaje de participación que tiene sobre la operación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COPORINOQUÍA propuso la excepción de inepta demanda, debido a que los actos demandados se expidieron dentro de un proceso de jurisdicción coactiva y, por tanto, la competencia para resolver la acción es de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Asimismo, el Municipio solicitó que se declaren de oficio todas las excepciones que se encuentren probadas en el proceso y que sean favorables a sus intereses.

Además, se opuso a las pretensiones por las razones que siguen:

De acuerdo con los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, 14 num. 15 de la Ley 142 de 1994 y 11 y 54 de la Ley 143 de 1994, la transferencia del sector eléctrico se causa por la generación de energía, no por la venta, y los sujetos pasivos son los productores de energía, entre ellos, los autogeneradores.

Del numeral 4 de la Resolución 85 de 1996 y el artículo 1 de la Resolución 055 de 1994, ambas de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, se infiere que el productor marginal o independiente que produce energía para uso particular se considera autogenerador, pero si vende o cede sus excedentes es cogenerador.

Las cláusulas de los contratos de asociación indican que la actora es sujeto pasivo de la transferencia, por ser autogeneradora y operadora.

La jurisprudencia ha precisado que la sujeción a la transferencia del sector eléctrico se determina por las ventas de energía generada y no por tener la propiedad sobre la planta⁵. A lo anterior se añade que dicha propiedad solo se determina después de liquidar el patrimonio común, según precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio de 1974.

La demandada no violó el debido proceso, pues con fundamento en los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, 54 de la Ley 143 de 1994 y 1° del Decreto Reglamentario 1933 de 1994 determinó que la actora se encontraba en mora de pagar el tributo que le correspondía.

Los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994 obligan a los autogeneradores a acreditar el pago de la transferencia del sector eléctrico cuando superen diez mil kW, como se explicó en sentencias de 29 de octubre de 2009, exp. 16796 y de 3 de diciembre de 2009, exp. 17402, C.P. William Giraldo Giraldo.

Conforme con el artículo 53 de la Ley 143 de 1994, la energía generada no se determina por cada socio individualmente considerado, sino por el total de los asociados.

⁵ En sentencia de 10 de marzo de 1999, exp. ACU-073, y Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil 1514 de 6 de agosto de 2003.

La transferencia del sector eléctrico no es un impuesto del orden nacional que deba ser liquidada por cada asociado. Adicionalmente, en este caso, la operadora se encargó de presentar las declaraciones del impuesto predial y de industria y comercio por los CPF CUSIANA y CUIAGUA.

La actora no solicitó la vinculación de las asociadas al proceso y solo hasta el año 2008 ECOPETROL certificó la participación de los asociados.

La demandante sostiene que no actúa en forma directa sino por mandato, pero este argumento no puede aceptarse, porque implicaría reconocer la propiedad, dividir la capacidad instalada y declarar que los asociados no son sujetos pasivos

Las pruebas recaudadas indican que el pago de la transferencia del sector eléctrico estaba a cargo de la demandante; que las asociadas descontaron el impuesto pagado antes de determinar el beneficio obtenido y que la actora no demostró que no existió contaminación, que no tenía capacidad económica o que no obtuvo beneficio por la autogeneración.

COADYUVANTE

B.P. SANTIAGO OIL COMPANY coadyuvó a las pretensiones de la demanda, debido a que, por ser copropietaria de los equipos de generación ubicados en los CPF Cusiana y Cupiagua y de la energía que producen, tendría que asumir la transferencia del sector eléctrico que reclama CORPORINOQUÍA a prorrata de su participación en la copropiedad.

Al respecto, argumentó:

1. Contratos de asociación

Para el desarrollo de las actividades en los CPF Cusiana y Cupiagua, se celebraron contratos de asociación que conllevaron a la copropiedad sobre los equipos y la designación de un operador.

La intención de los contratos de asociación fue unificar esfuerzos para desarrollar una actividad jurídicamente compleja, sin constituir una persona jurídica nueva. Por ende, la relación entre las asociadas no corresponde a un tipo contractual determinado.

En los contratos de asociación, el operador actúa como mandatario sin representación y administra la operación conjunta. No realiza actos y contratos en posición propia sino por cuenta de las asociadas. En ese orden de ideas, la titularidad de todos los equipos que funcionan en los CPF Cusiana y Cupiagua no se consolida en cabeza del operador.

La energía autogenerada pertenece a las asociadas y a OCENSA en proporción a los derechos e intereses que tengan en la operación conjunta. Es un bien que se consume en dicha operación y en la del oleoducto, es decir, la energía se genera para la satisfacción de las propias necesidades.

El operador no es remunerado por su labor, solo obtiene los recursos que son necesarios para asumir los costos y gastos de la labor conjunta, que luego son trasladados a las asociadas en proporción a su participación.

La generación de energía es atribuible principalmente a BP SANTIAGO, ECOPETROL, TEPMA y OCENSA como asociadas y copropietaria, respectivamente. CORPORINOQUÍA no podía reclamar de BP EXPLORATION el pago del impuesto, pues dicha compañía no es propietaria exclusiva de los equipos de generación; no asume los costos y gastos de la operación, no es la única beneficiaria de la energía generada y no obtiene remuneración por la enajenación de energía.

BP EXPLORATION no es titular de una potencia nominal instalada igual o superior a 10.000 kW, según se infiere de los contratos de asociación, de la escritura pública de venta de activos de generación a OCENSA y de las certificaciones expedidas por el Ministerio de Minas y Energía.

La propiedad de la demandante equivale a una potencia nominal instalada en el CPF Cusiana de 9.013 kW y en el CPF Cupiagua de 6.397 kW, que es el resultado de aplicar los porcentajes de participación que tiene ésta en la copropiedad a la

capacidad de generación de los equipos. En consecuencia, no es sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico.

La demandada desconoció el debido proceso de la actora, ya que los actos demandados fueron expedidos por el “funcionario ejecutor”, que se especializa en los procesos de cobro coactivo, en ejercicio de las facultades de jurisdicción coactiva, sin existir un acto administrativo ejecutoriado, oponible a la demandante, que liquide la transferencia del sector eléctrico.

Dado que no existe título ejecutivo que respalde el proceso de cobro coactivo, los actos acusados no producen efectos jurídicos. Aunque los actos demandados fueran títulos ejecutivos y, a su vez, actos de ejecución, serían también ilegales, pues el funcionario ejecutor no está facultado para expedir actos de determinación del impuesto y no siguió el procedimiento previsto en el Estatuto Tributario Nacional para la determinación oficial y el cobro del tributo.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el Municipio y negó las pretensiones por las siguientes razones:

Los argumentos planteados por la actora y el coadyuvante en los alegatos de conclusión no pueden ser analizados porque no fueron propuestos en la demanda ni en las demás oportunidades que la ley establece para el efecto.

Las corporaciones autónomas regionales pueden proferir actos administrativos, siempre que tengan relación con las funciones señaladas en los numerales 13, 25 y 30 de la Ley 99 de 1993 y se sujeten a lo dispuesto en el Decreto 1933 de 1994 y las resoluciones que la Comisión Reguladora de Energía y Gas expida sobre la materia.

Una vez ejecutoriados, los actos expedidos por las corporaciones autónomas regionales constituyen títulos ejecutivos que pueden ser ejecutados por jurisdicción coactiva, como establecen los artículos 68 num. 1 y 79 del Código Contencioso Administrativo y 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, CORPORINOQUÍA tiene competencia para expedir actos que permitan el recaudo de la transferencia eléctrica que regulan el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1933 de 1994. Y, si los contribuyentes no presentan las declaraciones a que están obligados, la entidad puede suplir las declaraciones con actos de determinación.

De los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994 y las sentencias C-495 de 1998 y C-594 de 2010, proferidas por la Corte Constitucional, se concluye que la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, creada a favor de las corporaciones autónomas regionales con jurisdicción en el área en que se encuentran ubicados la cuenca hidrográfica, el embalse, los municipios y distritos localizados en el área de influencia del proyecto, que grava las empresas públicas, privadas o mixtas, propietarias de plantas de energía hidroeléctrica o termoeléctrica, que tengan una potencia nominal instalada total superior a 10.000 kW.

La demandante está obligada a pagar la transferencia del sector eléctrico en nombre propio, por ser una de las asociadas, y en representación de las demás, por ser la operadora.

En efecto, ECOPETROL se asoció con BP SANTIAGO OIL COMPANY, BP EXPLORATION y TEPMA para explotar hidrocarburos en los CPF Cusiana y Cupiagua. En los contratos, ECOPETROL participa con el 50%, BP EXPLORATION con el 19%, TEMPA con el 19% y BP SANTIAGO OIL con el 12%.

Para realizar la explotación se instalaron equipos que superan los 10.000 kW y se designó un operador que realiza las actividades y ejecuta obras en nombre de las asociadas y por cuenta de éstas.

El hecho generador de la transferencia es poner en actividad una potencia nominal instalada superior a 10.000 kW. Aunque la participación o propiedad en la exploración petrolera esté dividida, todos los asociados implementaron las plantas de energía y utilizaron los recursos naturales. Así, la responsabilidad es solidaria frente al pago de la contraprestación por el uso de los recursos naturales y, por tanto, CORPORINOQUÍA podía exigirla de uno de los asociados o de todos.

Dado que en sentencia C-594 de 2010, la Corte Constitucional precisó que la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, los intereses de mora a cargo de la demandante deben liquidarse según el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, que a su vez remite al artículo 635 del Estatuto Tributario.

RECURSO DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación con los argumentos que a continuación se sintetizan:

La ley no facultó a las corporaciones autónomas regionales para determinar la transferencia del sector eléctrico mediante liquidaciones oficiales ni precisó el procedimiento que debía adelantarse con tal fin.

En efecto, el artículo 31 de la Ley 99 de 1993 no faculta a CORPORINOQUÍA para expedir actos que determinen la transferencia del sector eléctrico, pues el numeral 13 de la norma en comentario solo permite (i) recaudar contribuciones, tasas, derechos, tarifas y multas por el uso y aprovechamiento de recursos naturales, (ii) imponer contribuciones de valorización que graven la propiedad inmueble, y (iii) ejercer las funciones que anteriormente estaban atribuidas a otras autoridades en materia de medio ambiente y recursos naturales renovables y, en este caso, no se trata de una facultad atribuida anteriormente a otra autoridad.

El procedimiento para el cobro coactivo de la transferencia del sector eléctrico no es el que regulan los artículos 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, porque el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006 dispuso que los órganos autónomos y las entidades con régimen especial deben seguir el procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario Nacional para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor.

La demandante y las asociadas no utilizaron la convención para evadir la transferencia del sector eléctrico, ya que los contratos de asociación se suscribieron antes de que la Ley 99 de 1993 fuera expedida.

Todas las asociadas realizaron el hecho generador de la transferencia, debido a que se trata de una operación conjunta. La ley no señala expresamente que la transferencia pueda ser cobrada a una o a todas las asociadas. Entonces, debe aplicarse la regla general que indica que la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación tributaria es individual y recae en cabeza de quien realiza el hecho generador.

La responsabilidad solidaria únicamente se predica de las obligaciones causadas, pero no permite que hechos indicadores de capacidad contributiva de terceros se consoliden en cabeza de una sola persona. Por consiguiente, la energía generada, la participación en la propiedad y la operación de los generadores que sea atribuible a las asociadas no conllevan a que el tributo se cause en cabeza de la actora.

Aunque las sumas recaudadas por la transferencia del sector eléctrico se destinen al saneamiento ambiental, el tributo no se causa por la utilización y contaminación del agua de los ríos colombianos sino por la generación de energía superior a 10.000 kW de potencia nominal instalada. La actora no tiene ese potencial de generación en los CPF Cupiagua y Cusiana y, por ende, no es sujeto pasivo de la transferencia.

El dictamen pericial, que no fue analizado por el Tribunal, aclara las condiciones en que se generó energía en los CPF Cupiagua y Cusiana y cuál es la posición de la demandante frente a dichas condiciones.

La afirmación de que la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, contenida en la sentencia C-594 de 2010, no tiene el carácter de cosa juzgada, porque no figura en la parte resolutive del fallo de constitucionalidad ni constituye el fundamento de la decisión.

La transferencia del sector eléctrico es un impuesto así tenga destinación específica, pues es una prestación pecuniaria de carácter unilateral que grava de manera general a todas las personas que realizan el hecho generador. No remunera alguna prestación a cargo del Estado, no grava un determinado sector y

las sumas recaudadas no benefician a quienes pagan el tributo sino que tienen un interés general, que es proteger el medio ambiente.

Toda vez que la transferencia es un impuesto, los intereses de mora que se generan son los que señala el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, no los consagrados en el artículo 635 del Estatuto Tributario, aplicable por remisión del artículo 3 de la Ley 1066 de 2006.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal, la **demandante** argumentó:

Para acogerse a la condición especial para el pago de impuestos, tasas y contribuciones del artículo 48 de la Ley 1430 de 2010, la demandante pagó las transferencias del sector eléctrico causadas hasta el año 2008, con los intereses moratorios que, en principio, corresponderían, reducidos al 50%. A su vez, pagó las transferencias causadas hasta mayo de 2011 con intereses plenos y, a partir de junio de 2011, pagó las transferencias en tiempo. En total pagó \$3.918.660.572 por transferencias causadas entre enero de 2006 y mayo de 2011.

Por tal razón, es innecesario continuar con la discusión de fondo, pero como los intereses que ordenó liquidar CORPORINOQUÍA son incorrectos y queda pendiente de pagar una suma de dinero, solo debe analizarse si los intereses se liquidaron en debida forma, pues es aplicable el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 y no el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, dado que la transferencia del sector eléctrico es un impuesto.

Aunque en sentencia C-594 de 2010, la Corte Constitucional sostuvo que la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, dicha afirmación no es vinculante, porque no figura en la parte resolutive de la sentencia ni hace parte de la *ratio decidendi*.

Además, los argumentos de la Corte Constitucional demuestran que no es una contribución parafiscal, ya que las sumas recaudadas no están destinadas a

beneficiar a los generadores de energía sino a la colectividad, mediante la preservación del medio ambiente.

La transferencia es un impuesto con destinación específica, por ser una prestación pecuniaria de carácter unilateral que no remunera una prestación determinada a cargo del Estado y que grava a todas las personas que realicen el hecho generador.

El artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, que es norma especial aplicable a la transferencia, señala la tasa a la que deben liquidarse los intereses de mora por el retardo en el pago de este tributo.

Según dicha norma, la tasa de interés moratorio es del 2.5% mensual sobre saldos vencidos y debe entenderse que es interés simple, porque no fija una forma especial de liquidarlos. Cuando la norma menciona los saldos vencidos se refiere al tributo liquidado sobre las ventas brutas del mes anterior, sin decir que se trate de la capitalización de los intereses de mora. Tampoco señala una fecha de vencimiento que permita considerar que los intereses hacen parte del saldo vencido. Además, los artículos 1617 y 2225 del Código Civil solo permiten el cobro de intereses sobre intereses en casos excepcionales.

El principio de legalidad que consagran los artículos 4 y 338 de la Constitución Política obliga a que los funcionarios públicos interpreten las normas tributarias literalmente, sin que puedan realizar interpretaciones extensivas, como explicó la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda en el Concepto 103 de 1999.

Por lo anterior, sobre la transferencia adeudada, la demandante debía liquidar el interés moratorio simple previsto en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 y no el interés compuesto del artículo 3 de la Ley 1066 de 2006 que ordenó CORPORINOQUÍA.

La **demandada** no alegó de conclusión y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide sobre la legalidad de los actos por los cuales CORPORINOQUÍA determinó la transferencia del sector eléctrico a cargo de la demandante por el periodo comprendido entre noviembre de 2007 y agosto de 2008.

Asunto preliminar. Desistimiento parcial de la demanda.

Mediante escrito radicado el 7 de diciembre de 2012, la actora desistió parcialmente de las pretensiones de la demanda y solicitó que el proceso continúe únicamente en lo que respecta a la determinación de los intereses moratorios liquidados por CORPORINOQUÍA. Al respecto, sostuvo lo siguiente:

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados, se sirvan proferir auto mediante el cual se acepte el desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, y ordene que el proceso continúe en lo que tiene que ver con la manera como la Administración liquidó los intereses moratorios”⁶.

Por auto de 20 de septiembre de 2013, la Consejera Ponente, en Sala Unitaria, aceptó el desistimiento parcial de las pretensiones y ordenó continuar el proceso en lo que no fue objeto de desistimiento⁷. Dicha providencia quedó ejecutoriada el 16 de octubre de 2013⁸.

En ese orden de ideas, la Sala solamente define cuáles son los intereses de mora que se causan por el pago tardío de la transferencia del sector eléctrico prevista en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

Para ello precisa si se aplica el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, que señala que los contribuyentes o responsables de las tasas y contribuciones fiscales y parafiscales que no las paguen oportunamente deben pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario, o el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, según el cual el pago tardío de la transferencia genera intereses de mora a la tasa del 2.5% mensual sobre saldos vencidos.

⁶ Fls. 445 a 449 c.p. 2.

⁷ Fls. 450 a 453 c.p. 2.

⁸ FL. 454 c.p. 2.

Por lo anterior, precisa, en primer lugar, la naturaleza tributaria de la transferencia del sector eléctrico, pues, a juicio de la demandante es un impuesto con destinación específica, por lo cual no puede aplicarse el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006 sino el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, que es norma especial y regula la causación de intereses de mora en la transferencia del sector eléctrico.

Naturaleza tributaria de la transferencia del sector eléctrico

En general, los tributos están divididos en tres clases que son los impuestos, las tasas y las contribuciones.

La jurisprudencia y la doctrina coinciden en afirmar que los impuestos son prestaciones pecuniarias que se cobran indiscriminadamente a toda persona, no recaen sobre grupos sociales, profesionales o económicos específicos, **no tienen relación directa con un beneficio que se derive para el contribuyente** y su pago no es obligatorio. Además, **los valores recaudados ingresan a las arcas generales del Estado para ser utilizados en la atención de todos los servicios necesarios, no de un servicio público específico**⁹.

Las tasas representan la remuneración que los particulares pagan por los servicios que, en general, el Estado presta. Las tarifas de las tasas son fijadas por las autoridades administrativas en proporción al costo del servicio prestado. Luego, las tasas buscan recuperar los costos que para el Estado generan la realización de una actividad o la prestación de un servicio y, además, la remuneración que pagan los particulares tiene relación directa con los beneficios obtenidos¹⁰.

Finalmente, las contribuciones representan ingresos tributarios, que se causan por el beneficio que obtiene el contribuyente aunque dicho beneficio es genérico para un grupo de personas y su producto está destinado a una obra pública o a la prestación de un servicio¹¹.

⁹ BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael. Nociones Fundamentales de Derecho Tributario. Bogotá: Legis Editores S.A., 2012. 362 p. ISBN 958-653-225-9. En jurisprudencia ver, entre otras, sentencia de 5 de diciembre de 2011, exp. 17370, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, que se fundamenta en las sentencias C-040 de 1993, C-708 del 2001, C-1179 del 2001, C-776 del 2003 C-1114 del 2003, C-1171 del 2005 y C-927 del 2006.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ BRAVO ARTEAGA, Op. Cit. Pág. 31.

Con fundamento en el artículo 150 num. 12 de la Constitución Política, la Corte Constitucional ha establecido que las contribuciones pueden ser fiscales o parafiscales. Respecto de las contribuciones fiscales, la Corte ha dicho que hacen parte de los ingresos corrientes del Estado y frente a las contribuciones parafiscales ha precisado que son aquellas que no hacen parte de los ingresos corrientes de la Nación y que cuentan con un régimen jurídico especial¹².

Las contribuciones parafiscales se definen en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto como gravámenes obligatorios establecidos por la ley, que **afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector**. El manejo, administración y ejecución de los recursos, así como de los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable, **se efectúa de la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán solo al objeto previsto en ella**¹³.

El artículo 45 de la Ley 99 de 1993 *“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”* estableció la transferencia del sector eléctrico de la siguiente manera:

“Artículo 45. *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*

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-040 de 1994: *“El artículo 150-12 señala que corresponde al Congreso establecer contribuciones fiscales y excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley. Cuando la Constitución dice “contribuciones fiscales”, se trata de ingresos corrientes del Estado, que son ciertamente recursos fiscales cuando se refiere a “contribuciones parafiscales”, que se trata de contribuciones propiamente tales que no hacen parte del presupuesto nacional, que cuentan con un régimen jurídico especial y que por lo tanto no puede entenderse como recursos fiscales del Estado. En artículos posteriores, veremos que el término “contribuciones” debe entenderse, no como un concepto general que engloba las distintas categorías de gravámenes, sino como “contribuciones parafiscales”.*

Es pertinente destacar que el artículo 154 establece que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras. No obstante, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales.

Este artículo demuestra que para el Constituyente el concepto “contribución” no incluye impuesto y tasa. Por el contrario, en algunas normas de la Carta existe una clara diferencia conceptual entre impuesto y contribución. Cuando la Constitución habla de contribuciones fiscales, debe entenderse también impuestos. Según lo dicho atrás con respecto al artículo 150. Cuando en tal artículo se habla de contribuciones, cobija “contribuciones parafiscales”, por oposición a impuestos o contribuciones fiscales. De otra parte, el término “tributos”, tiene aquí un alcance genérico y hace referencia a todo lo relacionado con los ingresos corrientes de la Nación - tributarios y no tributarios -. Incluye pues, impuestos, tasas y contribuciones como parece corresponder al sentido natural y obvio de la norma”.

¹³ Entre otras, ver sentencia C-594 de 2010.

que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética, de la manera siguiente:

1. El 3% 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% para los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica, distribuidos de la siguiente manera:

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

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

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% que se distribuirá así:

a) 2.5% para la Corporación Autónoma Regional para la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta.

b) 1.5% 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.

PARÁGRAFO 1. De los recursos de que habla este artículo sólo se podrá destinar hasta el 10% para gastos de funcionamiento;

PARÁGRAFO 2. 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;

PARÁGRAFO 3. 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". (Subraya la Sala)

Adicionalmente, el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 dispuso:

“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”.

Los numerales 2 lit. b) y 3 lit. b) y el párrafo 1° del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, prevén que los recursos de la transferencia solo pueden ser usados por los municipios en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental, de los cuales solo pueden destinarse hasta el 10% para gastos de funcionamiento. Tales normas fueron demandadas por inconstitucionales, debido a que se estimó que establecían una destinación específica a rentas propias de las entidades territoriales, en desconocimiento del principio de autonomía fiscal de dichas entidades.

En sentencia C- 495 de 1998, la Corte Constitucional declaró exequibles los citados preceptos jurídicos y concluyó que la transferencia del sector eléctrico no es un impuesto de las entidades territoriales sino una contribución que tiene una finalidad compensatoria, pues busca que quienes utilicen en su actividad recursos naturales renovables y no renovables con capacidad de afectar el medio ambiente, soporten los costos que se requieren para el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. En esa medida, la norma podía fijar la destinación de los recursos recaudados y, por tanto, no vulnera el principio de autonomía fiscal de las entidades territoriales.

En concreto, la Corte explicó:

“No determina la ley [se refiere a la Ley 99 de 1993] cuál es la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia. Por lo tanto, es necesario desentrañar ésta con el fin de examinar si la destinación se ajusta a la Constitución.

Es indudable que dichas rentas no constituyen un impuesto de las entidades territoriales. Se trata de contribuciones que tienen su razón de ser en la necesidad de que quienes hacen uso de 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. Dichas contribuciones tienen fundamento en las diferentes normas de la Constitución que regulan el sistema ambiental.

Dado que la contribución tiene una finalidad compensatoria, es constitucional que sus recursos se destinen a los proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental. Pero además dicha contribución tiene un respaldo constitucional adicional, en la medida en que todo lo concerniente a la defensa y protección del ambiente es asunto que concierne a los intereses nacionales en los cuales la intervención del legislador está autorizada”.

Posteriormente, todo el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 fueron demandados por violación del artículo 338 de la Constitución Política, porque, a pesar de que la transferencia del sector eléctrico es un tributo, dichas normas no indicaron, en forma clara y precisa, el sujeto activo, el hecho generador, el aspecto temporal para la exigibilidad del tributo y el procedimiento para el recaudo de la obligación.

En sentencia C-594 de 2010, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las normas en mención y al referirse a la naturaleza jurídica de las transferencias al sector eléctrico, reiteró la sentencia C-495 de 1998, conforme con la cual la transferencia al sector eléctrico es una contribución, pero añadió que es de carácter parafiscal.

Así, la Corte reiteró que la transferencia al sector eléctrico es un tributo (contribución) y, como tal, las normas creadoras respetaron los principios de legalidad y reserva de ley consagrados en el artículo 338 de la Constitución Política. El análisis efectuado fue el siguiente:

“Al revisar la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, frente a censuras distintas a las que enfrenta la Corte en esta oportunidad, la corporación indicó: [...]

De modo que para la Corte, si bien las transferencias del sector eléctrico no constituyen en sentido técnico un impuesto de las entidades territoriales, su naturaleza jurídica es la de una contribución que tiene una destinación específica consistente en mantener o restaurar el medio ambiente afectado por quienes utilizan en su actividad económica recursos naturales renovables o no renovables.

[...]

En cuanto a la categoría de las contribuciones [la Corte] ha indicado que las fiscales se distinguen de las denominadas contribuciones parafiscales (C.P. arts. 150-12 y 338), las cuales se encuentran definidas en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, en los siguientes términos: “Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector (...)” (Ley 179 de 1994, art. 12, Ley 225 de 1995, art. 2°).

Las transferencias del sector eléctrico responden a esta tipología, como quiera (sic) que su imposición deviene del poder de exacción del Estado, afecta a un determinado sector económico - las empresas generadoras de energía - y su destinación está previamente definida a favor de la preservación del medio ambiente. [...]

[...]

En conclusión, de conformidad con anterior pronunciamiento de esta Corporación [se refiere a la sentencia C-495 de 1998], acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado [se citan las sentencias de la Sala de 16 y 29 de octubre de 2009, exp. 17226 y 16796, respectivamente], existe certeza sobre la naturaleza tributaria de la transferencia del sector eléctrico prevista en las normas demandadas, en atención a que dicha contribución es fruto del poder de imperio que ejerce el Estado y se establece de forma unilateral sin que medie para ello la voluntad del contribuyente, por lo que su imposición debe atender a los principios de legalidad y certeza tributaria que se derivan del artículo 338 de la Carta Política, a los que se referirá la Sala a continuación". (Subraya la Sala)

Es de anotar que con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sala ha precisado que la transferencia del sector eléctrico es una contribución. En efecto, en fallo de 26 de octubre de 2009, exp. 17226, reiterado en sentencias de 29 de octubre de 2009, exp. 16796; de 3 de diciembre de 2009, exp. 17402, y 16 de septiembre de 2011, exp. 17546, precisó lo siguiente:

"En sentencia C-495 de 1998 la Corte precisó que la transferencia del sector eléctrico es una contribución creada con el fin de que quienes hagan uso de los recursos naturales renovables, o utilicen en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, asuman los costos que demandan el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. En consecuencia, por tener una finalidad compensatoria, es constitucional que los recursos de las transferencias se destinen a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental, pues, además, todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es de interés nacional, por lo que está autorizada la intervención del legislador".

Ahora bien, de acuerdo con los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el hecho generador de la transferencia del sector eléctrico es la generación de energía. Los sujetos pasivos son las empresas generadoras de energía hidroeléctrica, los autogeneradores, 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, siempre que la potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios.

Asimismo, los sujetos activos son las corporaciones autónomas regionales con jurisdicción en el área donde se encuentran localizados la cuenca hidrográfica y el embalse; los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica y el embalse, y, para el caso de las centrales térmicas, las corporaciones autónomas

regionales y los municipios donde se encuentren ubicadas las plantas generadoras¹⁴.

La transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, debido a que afecta a un grupo económico determinado, que corresponde a las empresas generadoras de energía, y la ley señaló expresamente que las corporaciones autónomas regionales destinarían los recursos de la transferencia a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto, esto es, en beneficio de los sujetos pasivos del gravamen, pues los recursos se utilizan para preservar y recuperar la zona afectada por los proyectos desarrollados. Además, los numerales 2 inc. 5 y 3 inc. 4 del artículo 45 de la Ley 99 de 1993 precisaron que los recursos recaudados por los municipios y distritos se invertirían en obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

Teniendo en cuenta que la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal, debe definirse si se aplica el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, que se refiere a tasas y contribuciones, o el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 *“por el cual se reglamenta el artículo 45 de la Ley 99 de 1993”*.

Pues bien, el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, dispone lo siguiente:

“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% mensual sobre saldos vencidos.

Parágrafo. La sanción por mora solamente es aplicable a partir de las transferencias correspondientes a las ventas brutas del mes de octubre de 1994”. (Subraya la Sala)

¹⁴ Sentencias de 26 de octubre de 2009, exp. 17226, C.P. Héctor J. Romero Díaz; 29 de octubre de 2009, exp. 16976, C.P. William Giraldo Giraldo; 3 de diciembre de 2009, exp. 17402, C.P. William Giraldo Giraldo; y de 16 de agosto de 2012, exp. 17093, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, entre otras.

Según el artículo transcrito, la transferencia del sector eléctrico se debe liquidar dentro de los diez primeros días de cada mes, tomando como base las ventas brutas de energía del mes anterior. Si el pago de la transferencia no se efectúa dentro de los noventa días siguientes al mes que se liquida, el contribuyente incurre en mora y debe pagar un interés moratorio del 2.5% mensual sobre los saldos vencidos.

En vigencia del Decreto 1933 de 1994, el Congreso de la República expidió la Ley 1066 de 2006 “por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”. El artículo 3 de la citada ley estableció lo siguiente:

“Artículo 3. Intereses moratorios sobre obligaciones. A partir de la vigencia de la presente ley, los contribuyentes o responsables de las tasas, contribuciones fiscales y contribuciones parafiscales que no las cancelen oportunamente deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario.

Igualmente, cuando las entidades autorizadas para recaudar los aportes parafiscales no efectúen la consignación a las entidades beneficiarias dentro de los términos establecidos para tal fin, se generarán a su cargo y sin necesidad de trámite previo alguno, intereses moratorios al momento del pago, a la tasa indicada en el inciso anterior y con cargo a sus propios recursos, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar”. (Subraya la Sala)

De acuerdo con este precepto, los contribuyentes o responsables que no paguen oportunamente las contribuciones parafiscales, deben liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el artículo 635 del Estatuto Tributario que equivale a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora¹⁵.

Así pues, mientras el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 señala que los intereses de mora por el pago tardío de la transferencia al sector eléctrico corresponden al

¹⁵ ESTATUTO TRIBUTARIO. Artículo 635 (modificado por el artículo 12 de la Ley 1066 de 2006). “Para efectos tributarios y frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a partir del 1o de enero de 2006, la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

Las obligaciones con vencimiento anterior al 1o de enero de 2006 y que se encuentren pendientes de pago a 31 de diciembre de 2005, deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora transcurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha a la tasa y condiciones establecidas en el inciso anterior.

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo y en el artículo 867-1 tendrá efectos en relación con los impuestos nacionales, departamentales, municipales y distritales”.

2.5% mensual sobre los saldos vencidos, el artículo 3 de la ley 1066 de 2006, remite al artículo 635 del Estatuto Tributario, conforme con el cual el interés moratorio corresponde a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

En los actos acusados, CORPORINOQUÍA declaró que la demandante es deudor moroso de la transferencia del sector eléctrico causada entre el 1° de noviembre de 2007 y el 30 de agosto de 2008, por la suma líquida de \$383.349.624, *“más los intereses de mora establecidos en el Estatuto Tributario de conformidad con el Art. 3 de la Ley 1066 de 2006, causados desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta el día en que se haga efectivo el pago total”*¹⁶.

La Sala precisa que el interés moratorio a cargo de la actora debe liquidarse a la tasa que señala el artículo 635 del Estatuto Tributario, a la que remite el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, ya que, como se explicó, la transferencia del sector eléctrico es una contribución parafiscal y, en esa medida, encuadra en el supuesto de hecho del inciso 1° del artículo 3 de la Ley 1066 de 2006 según el cual “los contribuyentes o responsables de las tasas, contribuciones fiscales y contribuciones parafiscales que no las cancelen oportunamente deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario”.

A lo anterior se añade que el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994 debe entenderse subrogado parcialmente por el artículo 3 de la Ley 1066 de 2006¹⁷, toda vez que a partir de la vigencia de esta norma, el legislador unificó la tasa a la que deben liquidarse los intereses moratorios que deben pagarse por las deudas tributarias, incluidas las derivadas de las contribuciones parafiscales.

Por tanto, de acuerdo con la Ley 1066 de 2006, el contribuyente que no pague la transferencia dentro del plazo fijado en el artículo 4 del Decreto 1933 de 1994, debe pagar un interés moratorio equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora, que es la tasa de interés moratorio prevista en el artículo 635 del Estatuto Tributario.

¹⁶ Fl. 32 c.p. 1.

¹⁷ LEY 153 DE 1887. Artículo 3. *“Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”*.

Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto de ley 296 de 2005 – Cámara que antecedió a la Ley 1066 de 2006, se señaló lo siguiente:

“Intereses de las obligaciones de origen tributario

En la actualidad no existe unificación en la tasa de interés moratorio que se debe cobrar para obligaciones de tipo tributario, incluidas aquellas originadas por cobro de impuestos, tasas o contribuciones parafiscales.

Al respecto, conviene recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-257 de 1998, con ponencia del honorable Magistrado José Gregorio Hernández, analizó el asunto y declaró constitucional la facultad de imponer la sanción moratoria en relación con los agentes retenedores de los tributos. En aquella oportunidad la Corte sostuvo lo siguiente: [...]

La causación de intereses moratorios corresponde a la indemnización de perjuicios que debe satisfacer el deudor cuando ha incurrido en mora de pagar la cantidad debida, aspecto que le es propio y natural a las entidades del Estado cuando actúan como acreedoras de los particulares, máxime cuando el artículo 189 de la Constitución señala como obligación del Ejecutivo "Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes".

En la actualidad, algunos tributos concretos como los administrados por la DIAN, algunas tasas de superintendencias ostentan una norma de carácter legal que les permite el cobro de intereses moratorios. En cambio otros recurren a interpretaciones legislativas, a la aplicación de conceptos del Consejo de Estado para el efecto, que recurren al artículo 9° de la Ley 68 de 1923.

"Los Créditos a favor del Tesoro devengan intereses a la rata del doce por ciento (12 por 100) anual, desde el día en que se hagan exigibles hasta aquel en que se verifique el pago".

Norma que no brinda movilidad de la tasa congruentemente con las condiciones de la economía colombiana.

Vistos estos planteamientos, surge la necesidad de dar un piso de igualdad a todas las obligaciones tributarias, originadas por impuestos, tasas o contribuciones de conformidad con el artículo 338 de la Constitución Política. Por ello se plantea dentro del proyecto que todos los contribuyentes o responsables de los impuestos, tasas y contribuciones fiscales y parafiscales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los tributos, anticipos y retenciones a su cargo, deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago. Y que, a partir de la vigencia de la presente ley, la tasa de interés moratorio será la misma aplicable a los impuestos administrados por la DIAN y descrita en el Estatuto Tributario, que se liquidará con base en la tasa de interés vigente en el momento del respectivo pago". (Subraya la Sala)

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006, el pago de la transferencia al sector eléctrico que se efectúe por fuera del plazo de los 90 días siguientes al mes que se liquida, genera los intereses de mora del

artículo 3 de la Ley 1066 de 2006, en concordancia con el artículo 635 del Estatuto Tributario, motivo por el cual la liquidación de intereses de mora ordenada en los actos demandados es correcta y debe confirmarse la sentencia apelada frente a las pretensiones de la demanda que siguieron vigentes como consecuencia del desistimiento parcial.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ