

TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO – Naturaleza y finalidad

La Corte mediante Sentencia C-495 de 1998 declaró la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, y en cuanto a la naturaleza del tributo precisó que aunque la ley no determinaba cuál era la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia, era indudable que no se trataba de un impuesto de las entidades territoriales, sino que era una contribución establecida con la necesidad de que quienes hicieran uso de los recursos naturales renovables, o utilizaran en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, cargaran con los costos que demandara el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. Es decir, a juicio de la Corte Constitucional la contribución tiene una finalidad compensatoria, por lo que resultaba constitucional que sus recursos se destinaran a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental; además de gozar del respaldo constitucional de que todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es un asunto de interés nacional, en el cual está autorizada la intervención del legislador.

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

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza y finalidad de la transferencia del sector eléctrico ver sentencia de la Corte Constitucional C-495 de 1998

SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA TRANSFERENCIA AL SECTOR ELECTRICO – Síntesis

Sujetos activos: En el caso de las centrales hidroeléctricas: Las corporaciones autónomas regionales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el embalse. Los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica que surte el embalse y los municipios y distritos donde se encuentre el embalse. En el caso de las centrales térmicas: La corporación autónoma regional para la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta. El municipio donde está situada la planta generadora. 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.

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

HECHO GENERADOR DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO – Es la generación de energía ya sea para consumo o para la venta o cesión / GENERADORES, AUTOGENERADORES, COGENERADORES Y PRODUCTORES DE ENERGIA – Concepto

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

y/o asociados. En efecto, conforme a la resolución 055 de 28 de diciembre de 1994, por la cual se regula la actividad de generación de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional, la Comisión de Regulación de Energía y Gas dispuso en el artículo 1º una serie de definiciones para interpretar las disposiciones aplicables a la actividad de generación, Confirma lo anterior, que la norma consagra diferentes sujetos pasivos del tributo, pues retomando la redacción de las Leyes 99 de 1993 y 143 de 1994 se tiene: Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica y centrales térmicas: son los generadores (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica), los autogeneradores (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades), las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica (Cogeneradores), así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan (Productores de servicios marginales, independientes o para uso particular). Según el artículo 16 de la Ley 142 de 1994, los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular están sometidos a esa ley y “en todo caso se sobreentiende que los productores de servicios marginales independientes o para uso particular de energía eléctrica están sujetos a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993”.

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 – ARTICULO 45 / LEY 143 DE 1994 / RESOLUCION 055 DE 1994 DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGIA Y GAS / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 16

BASE GRAVABLE DE LA TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELECTRICO – Son las ventas de energía por generación propia / VENTA POR ENERGIA – Haya o no se genera la transferencia del sector eléctrico / AUTOGENERADORES DE ENERGIA – En ellos no existe venta de energía

Conforme al artículo 45 de la Ley 99 de 1993 la base gravable estaba constituida por las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señalara la comisión de regulación energética. Es decir, aunque la norma señalara como base gravable las ventas brutas de energía, no puede considerarse que éste sea el hecho generador. El hecho generador era y sigue siendo la generación de energía, que en el caso de las generadoras se vende, de manera que la base correspondía exactamente al resultado de la actividad realizada por el sujeto pasivo, destinatario inicial de la contribución, que era la generación. Y aunque el valor de las ventas de una generadora se puede determinar por otros medios (por ejemplo, el valor de los contratos de venta de energía), el legislador quiso que fuera una forma sencilla de establecer este elemento, mediante la simple operación de multiplicar la generación propia (previo el descuento del consumo propio de la planta) por la tarifa para venta en bloque de energía. 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”. 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.

FUENTE FORMAL: LEY 99 DE 1993 – ARTICULO 45 / DECRETO 1933 DE 1994 – ARTICULO 2 / LEY 143 DE 1994 – ARTIUCLO 11

AUTOGENERADORES DE ENERGIA ELECTRICA – Son sujetos pasivos de la transferencia del sector eléctrico / TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO – Son sujetos pasivos todas las entidades hagan parte o no del servicio público domiciliario de energía / ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS – Hacen parte de ellos los autogeneradores

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

FUENTE FORMAL: LEY 143 DE 1994 – ARTICULO 1 / LEY 143 DE 1994 – ARTICULO 54 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 14.25

ACTO LIQUIDATORIO – Su existencia se da desde su expedición más no desde su notificación / PUBLICACION O NOTIFICACION DE ACTO ADMINISTRATIVO – Su carencia no afecta ni la existencia ni la validez del mismo / EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO – No se produce cuando el acto no adquiere firmeza

Ahora, una vez analizados los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos impugnados, es claro que la parte demandada tuvo como fundamento para proferir la liquidación de la contribución por transferencia del sector eléctrico a cargo BP Exploration Company – Colombia – Limited, la Resolución No. 181558, de 2002, emanada del Ministerio de Minas y Energía, la cual determina que la potencia nominal instalada de las unidades generadores de energía eléctrica que operan en los complejos petroleros de Cusiana y Cupiagua, es de 76.035 Kw y 41.940 Kw, respectivamente. Sin embargo, en el evento que la mencionada resolución no hubiese sido notificada a la parte demandada, esto no significa *per se* que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico, toda vez que la existencia del acto administrativo se da desde el momento mismo de su expedición por parte de la administración, mas no desde su notificación, llevando en si mismo la facultad implícita de producir efectos jurídicos como manifestación de la voluntad que lo caracteriza, bajo el amparo del atributo de la presunción de legalidad. La falta de publicación o notificación del acto administrativo, se reitera, no afecta ni la

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



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

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009)

Radicado número: 85001-23-31-000-2007-00038-01(17402)

Demandante: BP EXPLORATION COMPANY (COLOMBIA) LIMITED

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 28 de febrero de 2008 del Tribunal Administrativo de Casanare que desestimó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía – Corporinoquía -, previos requerimientos al representante legal de la sociedad BP Exploration Company – Colombia – Ltda., para que efectuara el pago de la contribución por transferencias ambientales del sector eléctrico correspondiente a los campos Cusiana y Cupiagua, procedió a la expedición de la Resolución número 200-15-06-223, del 2 de marzo de 2008, mediante la cual la declaró como deudora morosa por concepto de transferencias del sector eléctrico. En consecuencia le impuso la obligación de pagar la suma de un mil quinientos cincuenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y dos mil seiscientos quince pesos (\$1.554'462.615), correspondientes tanto al capital como a los intereses moratorios.

Contra dicho acto administrativo, la sociedad BP Exploration Company Ltda., interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Resolución número 200-15-06-1252, del 29 de diciembre de 2006, que decidió confirmar en todas sus partes el acto administrativo recurrido.

La sociedad actora, no reconoce y nunca ha reconocido encontrarse sometida al pago de la obligación objeto de reclamación por los actos administrativos demandados, pues la energía que produce es auto consumida, además que los excedentes de producción de la misma no son objeto de enajenación a ningún título a terceros, socios o asociados.

DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad BP Exploration Company – Colombia – Limited, solicitó declarar la nulidad de la Resolución número 200-15-06-223, del 2 de marzo de 2006, que la declaró deudora morosa, y la Resolución número 200-15-06-1252, del 29 de diciembre de 2006, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo antes referido, confirmándolo en todas sus partes, proferidas por la Dirección General de Corporinoquía.

Los cargos de la demanda se resumen a continuación:

1. La liquidación de la transferencia, contraría abiertamente los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, 54 de la Ley 143 de 1994 y artículo 1 del Decreto 1933 de 1994, porque extiende la contribución a sujetos no obligados por la ley.

Conforme con los artículos 45 y 54 de las Leyes 99, de 1993, y 143, de 1994, respectivamente, los sujetos obligados a la transferencia allí prevista son las empresas públicas o privadas generadoras de energía con capacidad instalada superior a 10 mil Kilovatios, sobre sus ventas por generación propia, e igualmente las empresas autogeneradoras, quienes producen energía eléctrica para atender sus propias necesidades, que

teniendo mínimo la capacidad instalada atrás reseñada, vendan los excedentes de energía eléctrica, o la entreguen o repartan a cualquier título a terceros, socios o asociados.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que para efectuar la precitada transferencia o contribución, es necesario que la empresa generadora de energía eléctrica venda éste producto, razón por lo cual no es posible cobrar la misma a aquellas personas que no enajenan a cualquier título dicho bien.

En el caso particular, la sociedad BP Exploration Company – Colombia – Limited, no realiza el hecho gravado, como lo es la venta, cesión o traspaso de energía eléctrica a terceros, socios o asociados. En consecuencia, no está obligado al pago de la contribución sobre la cual se discute, pues la energía que produce la demandante se emplea exclusivamente en el campo petrolero para satisfacer las necesidades propias de su actividad económica. No obstante estas afirmaciones, Corporinoquía considera, de forma equivocada, que la contribución debe realizarse por el sólo hecho de generar la energía.

También es necesario señalar que para probar la ausencia del hecho gravado, se debe acudir al contrato de asociación suscrito por BP con la Empresa Colombiana de Petróleos, en virtud del cual las partes comparten los derechos y obligaciones adquiridas sobre el campo petrolero comercialmente explotable, por tanto, las propiedades adquiridas y utilizadas para el cumplimiento de las actividades de operación del campo comercial pertenecen a las partes en igual proporción, con lo cual se origina una copropiedad sobre los derechos y obligaciones, de forma común y proindiviso. Ante la existencia de la propiedad de ésta naturaleza, se desvirtúa el argumento de la cesión o traspaso entre los codueños, en tanto que dicha situación no se puede presentar sobre un bien que ya les pertenece.

En cuanto al elemento base gravable, tampoco se comparte la interpretación realizada por Coporinoquía sobre este punto, pues esta

entidad asemeja la noción de ventas brutas de energía por generación propia con la de energía producida para el autoconsumo, hecho este último que es el que se presenta en los complejos de Cusiana y Cupiagua, lo que además niega la existencia de ventas y transferencias. Efecto de lo afirmado, es una clara violación de los textos normativos que se dicen aplicar en los actos administrativos demandados, como lo son los contenidos en la Ley 99 de 1993, y Ley 143 de 1994, ya que en el presente asunto, si en realidad se tomaran las ventas brutas por generación propia, y no el autoconsumo como lo hizo Corporinoquía, la base gravable sería cero (0), pues aquellas no existen.

Frente a la motivación de los actos administrativos impugnados, es necesario indicar que la misma además de escasa respecto al entorno normativo y regulatorio para declarar como deudora morosa a la demandante por concepto de la transferencia del sector eléctrico en el periodo comprendido entre octubre de 2002 a agosto de 2004, se fundamenta en pruebas que de ninguna forma corroboran la existencia de la obligación sustancial.

Respecto del pago de la transferencia del sector eléctrico, el Consejo de Estado en diversos pronunciamientos determinó, que dicha obligación surge en caso de que exista venta o entrega a cualquier título de la energía producida. Pronunciamientos que por demás, fueron proferidos con posterioridad a la expedición de la Ley 143 de 1994. Esto demuestra que dicho estatuto normativo no estableció ningún gravamen sobre la simple generación de energía, sino que además se requiere la venta o transferencia a cualquier título de la misma. Adicionalmente se advierte que el cuerpo normativo referenciado, se aplica a los autogeneradores interconectados con el sistema eléctrico nacional, hecho que no se presenta en el caso de la BP.

Los actos administrativos objeto de la controversia, son además de ilegales, arbitrarios, en tanto que la entidad administrativa demandada amplía voluntaria y discrecionalmente la aplicación de una obligación de carácter

legal a un sujeto pasivo no previsto en las normas aplicadas, pues no obstante BP posee una capacidad instalada superior a 10.000 kw, no vende, cede o traspasa la energía que produce, sino que la consume íntegramente en las instalaciones de los complejos petroleros Cusiana y Cupiagua.

2. Violación de los artículos 3, 4, 5, y 11 de la Ley 143 de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”.

La Ley 143 de 1994 está destinada a regular el servicio público de energía, que implica la generación para la distribución y venta al consumidor final, razón por la cual no es aplicable a los autogeneradores, que por no vender, ni ceder, ni distribuir energía a terceros, no se entienden involucrados en el sector regulado por ser ajenos a la prestación del servicio público de energía, luego pretender extender el ámbito de aplicación de la Ley 143 a sectores no cobijados por ella resulta inadmisibles.

La actora no se encuentra sometida a vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ni sujeta a la competencia de la CREG, pues no se considera que su actividad se encuentra incluida dentro de las señaladas por el artículo 15.2 de la Ley 142 de 1994.

Igualmente, se debe concluir que cuando el artículo 54 de la Ley 143 de 1994, incluyó a los autogeneradores, la norma se refiere a quienes entregan o reparten a cualquier título, energía eléctrica, para propósitos diferentes a los del autoconsumo, siendo parte en ese caso de la cadena de prestación de éste servicio público, y en consecuencia sujetos obligados a pagar el tributo denominado transferencia del sector eléctrico.

3. Violación del artículo 29 de la Constitución Política. Desde el punto de vista procesal el trámite seguido hasta el momento también es

irregular y por tanto viola el debido proceso de carácter constitucional (Art. 29) al fundamentarse en actos ocultos, recortar los términos legales existentes para temas tributarios y con ello, el derecho de defensa.

Uno de los presupuestos de la obligación sobre la cual se discute, es la generación de energía eléctrica con potencia nominal instalada superior a 10.000 Kw, capacidad que debe ser determinada o establecida por el Ministerio de Minas mediante acto administrativo.

Así la gestión del mencionado tributo es dual, ya que, mediante acto previo, el Ministerio de Minas certifica la condición efectiva de generación, y por otra parte el sujeto activo de dicha obligación tributaria expide la correspondiente liquidación con fundamento en el acto previo proferido por la autoridad administrativa del orden nacional.

En el presente asunto, el acto liquidatorio proferido por Corporinoquía adolece del vicio de expedición irregular, por cuanto la resolución que determina la capacidad instalada, acto administrativo de carácter particular, no fue notificado de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, es decir, la Resolución No. 181558 de 2002, del Ministerio de Minas y Energía, que determina la capacidad nominal instalada de las unidades generadoras de energía eléctrica en los complejos de Cusiana y Cupiagua, no fue notificada ni personal, ni por edicto al interesado, en este caso BP. Lo anterior, implica que la liquidación oficial se fundó en un acto administrativo previo, ineficaz e inoponible, desconocido por la actora y sobre el cual no se ha agotado la vía gubernativa.

OPOSICIÓN

La Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía a través de apoderado contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la actora y dijo formular excepciones.

Tendiendo en cuenta que la razón del cobro pretendido con los actos administrativos demandados tiene como fundamento el hecho que la producción de energía causa impacto negativo ambiental, el cual se ampara en normas de la Constitución Política, se debe advertir que al procedimiento aplicado para liquidar las transferencias del sector eléctrico, que no son un impuesto, en aplicación del debido proceso, no es posible seguir el procedimiento determinado en el Estatuto Tributario, pues nadie debe ser juzgado por un procedimiento que no está previamente definido, así como sus formas propias.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 1º y 11 de la Ley 143 de 1994, y 1º, 14 numerales 15 y 25, 15 numeral 2º y 16 de la Ley 142 de 1994, se desvirtúa la afirmación que la demandada extendió la contribución a sujetos no obligados por la ley, toda vez que de las normas mencionadas, se debe concluir que la actora como autogenerador es sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico.

En el asunto bajo análisis, se tiene que el legislador en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 338 de la Constitución Política, distinguió los elementos de la obligación de transferencia del sector eléctrico, es así como:

El sujeto de activo de dicha obligación, son las corporaciones autónomas regionales y municipios del lugar donde se ubica la planta de generación de energía, sea térmica o hidráulica (artículo 45 Ley 99).

El sujeto pasivo, son los generadores o autogeneradores, al igual que las personas jurídicas públicas o privadas que enajenen a cualquier título entre sus socios y/o asociados la energía producida.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – en Concepto 922 del 2 de diciembre de 1996, afirmó, que teniendo en cuenta el artículo 54 de la Ley 143 de 1994, los autogeneradores, así no participen del mercado de energía eléctrica y en consecuencia no vendan

dicho producto, son sujetos pasivos del régimen de transferencias determinado en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

Por virtud de lo anterior, se hace evidente que los autogeneradores de energía, indistintamente que la fuente utilizada para dicho fin sea térmica o hidráulica, son sujetos pasivos de las transferencias del sector eléctrico.

En cuanto al hecho gravado, el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil - en Concepto 1514 del 6 de agosto de 2003, indicó que de conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 54 de la Ley 143 de 1994, el legislador al definir la manera de liquidar la transferencia aplicable a los autogeneradores, señaló que para dicha situación se deben tomar por ventas brutas la generación propia de los autogeneradores, ya que de lo contrario quedarían excluidos del referido régimen de transferencias, a pesar de los perjuicios que dicha actividad genera al medio ambiente.

Frente a la tarifa, se debe precisar que el artículo 54 de la Ley 143 de 1994, dispone que le corresponde a la CREG la fijación o determinación de la misma. De igual forma, dicha norma, permite comparar las ventas a que hace referencia el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, con la energía que produzca el autogenerador, esto para efectos de realizar la liquidación de la transferencia para ésta clase de productor.

Finalmente, es de anotar que los actos administrativos objeto de la controversia, fueron proferidos no sólo en cumplimiento de los deberes legalmente atribuidos a entidades como la demandada, sino que también se amparan en el respeto de las normas legales y constitucionales, fundamentos de los mismos, por lo tanto no es posible afirmar que durante la actuación administrativa se presentaron actos ocultos, y que en efecto se vulneró los derechos de defensa y al debido proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Casanare mediante providencia del 28 de febrero de 2008, denegó las súplicas de la demanda.

Luego de una comparación de los preceptos legales establecidos en los artículos 45 de la Ley 99 y 54 de la Ley 143, se debe concluir, que respecto de los elementos del tributo que no están expresamente señalados en la nueva norma, se debe dar aplicación de la norma a la cual remite (artículo 45 de la Ley 99). Además, se tiene que la disposición contenida en la Ley 143, modificó para los nuevos obligados, el hecho gravado, por tanto ya no es indispensable la venta de energía, sino que bastará con la generación de la misma para ser obligado al pago de la transferencia del sector eléctrico, calculando como base gravable para tal efecto no sólo el valor de las ventas brutas de dicho bien, sino también la generación propia, multiplicada por la tarifa fijada por la CREG.

Al efectuarse un análisis del ámbito de aplicación de la Ley 143 de 1994, y lo que la misma define por autogenerador, no obstante la actora no presta el servicio público domiciliario de energía eléctrica, actividad cuyo presupuesto inherente es la enajenación o transferencia del bien producido a terceros, sí es destinataria del cuerpo normativo en mención.

Acorde con los presupuestos normativos de la Ley 142 de ese mismo año, primordialmente su artículo 16, se establece que los autogeneradores, al igual que los generadores hidroeléctricos y térmicos, son sujetos pasivos de la contribución sobre la cual se discute.

En cuanto a la naturaleza y finalidad de la contribución, la Corte Constitucional en sentencia C-495 de 1998 expresó, que aquella no constituye un impuesto de las entidades territoriales, sino que se trata de una contribución que tiene su razón de ser, por el uso de los recursos naturales no renovables en desarrollo de una actividad económica, lo cual demanda la restauración y mantenimiento del recurso utilizado o del medio ambiente, por lo tanto dicha contribución tiene una finalidad compensatoria.

Por su parte el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – en Concepto 1514 del 6 de agosto de 2003, manifestó, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 143, independientemente que los autogeneradores consuman toda la energía que producen son sujetos pasivos de la transferencia del sector eléctrico, motivo por el cual para liquidar la transferencia de los autogeneradores, el legislador equiparó el concepto de generación propia, con el de ventas brutas por generación propia, hecho gravable aplicable a la actividad de las generadoras.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la BP en calidad de autogenerador, puede ser sujeto pasivo de la contribución establecida en los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, y 54 de la Ley 143 de 1994.

En cuanto a la vulneración del debido proceso alegada por la actora, la Resolución 181558 del 30 de diciembre de 2002, del Ministerio de Minas y Energía, constituye un simple medio de prueba que permite verificar el cumplimiento de uno de los presupuestos del gravamen, pero no es posible afirmar que la misma sea un elemento esencial para la determinación de la obligación fiscal, toda vez que existen otros medios de prueba que permiten establecer que la capacidad instalada de generación de energía del sujeto pasivo de la obligación tributaria es superior a 10.000 kw, razón por la cual para el presente asunto es irrelevante si el referido acto administrativo fue comunicado o notificado, para efectos de hacerlo oponible.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante **impugnó** la sentencia de primera instancia, exponiendo los siguientes argumentos:

1. El elemento ventas brutas de energía establecido en el inciso segundo del artículo 54 de la Ley 143 de 1994, que determina la cuantificación de la obligación tributaria *transferencia del sector eléctrico*, no fue definido por la ley tributaria de forma especial para este asunto, razón por la cual se debe acudir a otras ramas del derecho, codificaciones o leyes que lo hagan,

siendo necesario para el intérprete u operador jurídico atender esas nociones para extender sus implicaciones en materia tributaria, tal como lo establece el artículo 28 del Código Civil.

La anterior afirmación es fundamental para la resolución del asunto de la controversia, toda vez que el único sentido posible que se le puede otorgar a la expresión ventas brutas, es el dado como resultado de la actividad desarrollada por el contribuyente, que se concreta en la venta de energía eléctrica a terceros, hecho generador de la transferencia, requisito que no se cumple para el caso de los autogeneradores, quienes no enajenan la energía que generan.

Así las cosas, es claro, de acuerdo con el inciso primero del artículo 54 referenciado, que los autogeneradores son sujetos pasivos de la transferencia del sector eléctrico en el evento descrito por el inciso segundo de dicha norma y lo señalado por los artículos 1º y 45 de la Ley 99, es decir cuando realicen ventas de energía. De éste contexto se desprende, que si bien en muchos casos de autogeneración de energía no hay una venta, y en efecto no hay lugar a liquidar y pagar la transferencia del sector eléctrico, hay eventos en los cuales esos autogeneradores pueden enajenar a terceros los excedentes de energía que posean, situación frente a la cual se configuraría tanto el aspecto personal pasivo como el aspecto objetivo de la obligación tributaria, y en consecuencia habrá de liquidarse y pagarse el referido tributo en las condiciones establecidas en la ley, no sólo por la energía objeto de venta sino también sobre la generada y no vendida, tal como lo ha dispuesto el ordenamiento legal.

En el caso concreto, la actora no realiza ventas de energía a terceros, pues destina la totalidad de la misma a la operación de los campos petroleros de Cusiana y Cupiagua, razón por la cual no se configura el hecho generador de la obligación tributaria sobre la cual se discute, lo que a su vez implica que la liquidación realizada por Corporinoquía en los actos administrativos demandados es improcedente.

2. Frente al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 143, en gracia de discusión, y en relación con la posibilidad de aplicarla a personas o entidades que no pertenecen al sector eléctrico, se debe precisar que dicha aplicación sería sólo en lo pertinente y no en su totalidad. En consecuencia y teniendo en cuenta que como BP es un autogenerador que no enajena de ninguna forma la energía que produce, y como el artículo 54 del mencionado cuerpo normativo, según ya se explicó, se refiere a autogeneradores que realizan ventas de energía, hace evidente que aquel precepto legal no es aplicable en este caso.

3. Se advierte que los actos administrativos censurados, se fundamentaron en otro acto de contenido particular proferido por el Ministerio de Minas y Energía, el cual la parte demandante no tuvo la oportunidad de conocer, y mucho menos controvertir. De ésta afirmación se desprende que los actos demandados son inconstitucionales e ilegales, pues su fuente adolece del mismo vicio, lo cual tiene como resultado la vulneración del derecho de defensa de la actora, ya que se han desconocido los principios de publicidad y contradicción que rigen las actuaciones administrativas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante**, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

La **demandada** y el **Ministerio Público** no alegaron de conclusión

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se debate en la presente instancia, la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales Corporinoquía declaró a BP Exploration Company Colombia Limited como deudora morosa por concepto de transferencia del sector eléctrico en el periodo comprendido entre octubre de 2002 a agosto de 2004.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte recurrente, es preciso señalar que en cuanto al hecho generador de la contribución por transferencia del sector eléctrico y el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 143 de 1994, la Sala ya tuvo oportunidad de emitir pronunciamiento de fondo frente a los mencionados aspectos en las sentencias del 26 y del 29 de octubre de 2009, exp. 17226 y 16976 respectivamente¹, que se reiteran en esta ocasión:

1º. Sujeto pasivo de la transferencia del sector eléctrico.

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

El artículo 54 de la Ley 143 de 1994² dispone:

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

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

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 99 de 1993³ señala:

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

¹ M.P. Héctor J. Romero Díaz y William Giraldo Giraldo.

² Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.

³ 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.

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, y

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, y

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.

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

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

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

El antecedente legal de este tributo es el artículo 12 de la Ley 56 de 1981 que establecía que las **entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica**, con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, debían destinar el 4% del valor de las ventas de energía, liquidadas a la tarifa de ventas en bloque, para inversión en los siguientes fines, por partes iguales y en forma exclusiva: a) Reforestación y protección de recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica, si se trata de centrales hidroeléctricas, y protección del medio ambiente en los municipios de ubicación de las plantas y en las regiones productoras de combustibles utilizados en la generación, cuando se trate de centrales térmicas y, b) Programas de electrificación rural, con prioridad en las zonas determinadas

en el literal a). La norma definía que el valor de las ventas en bloque de energía se determinaba por el resultado de multiplicar el número de kilovatios despachados por el precio unitario que para ventas en bloque señalaba el Ministerio de Minas y Energía. Esta disposición fue derogada por la Ley 99 de 1993.

La Corte mediante Sentencia C-495 de 1998 declaró la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, y en cuanto a la naturaleza del tributo precisó que aunque la ley no determinaba cuál era la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia, era indudable que no se trataba de un impuesto de las entidades territoriales, sino que era una contribución establecida con la necesidad de que quienes hicieran uso de los recursos naturales renovables, o utilizaran en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, cargaran con los costos que demandara el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. Es decir, a juicio de la Corte Constitucional la contribución tiene una finalidad compensatoria, por lo que resultaba constitucional que sus recursos se destinaran a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental; además de gozar del respaldo constitucional de que todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es un asunto de interés nacional, en el cual está autorizada la intervención del legislador.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Sujetos activos:

En el caso de las **centrales hidroeléctricas:**

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

En el caso de las **centrales térmicas:**

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

- El municipio donde está situada la planta generadora.

b. Sujetos pasivos:

- Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica

- Las centrales térmicas

- Los autogeneradores

- Las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica

- Las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan

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

c. Hecho generador del tributo:

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

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

disposiciones aplicables a la actividad de generación, entre otras, las siguientes⁴:

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

Generador. Persona natural o jurídica que produce energía eléctrica.

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

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

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

⁴ Conforme al artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994 entre las funciones especiales de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible se encuentra la de expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios.

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

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

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

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

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

Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica y centrales térmicas: son los **generadores** (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica), los **autogeneradores** (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades), las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica (**Cogeneradores**), así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas

produzcan (**Productores de servicios marginales, independientes o para uso particular**).

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

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

d. La base gravable y la tarifa

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

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

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

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

Es decir, aunque la norma señalara como base gravable las ventas brutas de energía, no puede considerarse que éste sea el hecho generador. **El hecho generador era y sigue siendo la generación de energía**, que en el caso de las generadoras se vende, de manera que la base correspondía exactamente al resultado de la actividad realizada por el sujeto pasivo, destinatario inicial de la contribución, que era la generación. Y aunque el valor de las ventas de una generadora se puede determinar por otros medios (por ejemplo, el valor de los contratos de venta de energía), el legislador quiso que fuera una forma sencilla de establecer este elemento, mediante la simple operación de multiplicar la generación propia (previo el descuento del consumo propio de la planta) por la tarifa para venta en bloque de energía⁵.

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

Para la Sala, aunque el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 señale como base gravable la venta de energía, la Ley 143 de 1994 que incluyó otros sujetos pasivos, definió y le dio un alcance al concepto “venta bruta de energía” propio y específico para la transferencia del sector eléctrico por parte de estos nuevos sujetos pasivos al usar el adverbio “como”⁶.

⁵La tarifa para venta en bloque de energía para efectos de la liquidación de las transferencias de la Ley 99 de 1993 era fijada cada año por la CREG. Para el año 1996 se fijó, por medio de la resolución 060 de 1995, en 20.93 \$/kWh. Mediante resolución 135 de 1996 la CREG estableció que la tarifa fijada en la resolución CREG-060 de 1995 se incrementará anualmente, a partir de 1 de enero de 1997, con un índice equivalente a la meta de inflación prevista por la autoridad competente para cada vigencia. Lo cual se aplicará a las liquidaciones de cada año.

⁶ 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”.

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

En efecto, en los autogeneradores no existe venta de energía, pues de operar de esta forma, los reglamentos señalan que pierden su carácter de autogeneradores. Conforme al artículo 11 de la Ley 143 de 1994, la producción de energía del autogenerador es exclusiva para su uso, por tanto, no puede entenderse que en virtud del artículo 26 ibídem, estén autorizados para venderla, como lo aduce la actora⁷.

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

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

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

⁷ Artículo 26. Las entidades públicas y privadas con energía eléctrica disponible podrán venderla, sujetas al Reglamento de Operación, a las empresas generadoras, a las distribuidoras o a grandes consumidores a tarifas acordadas libremente entre las partes.

Para la Sala, la finalidad gramatical de las “comas” en el artículo 54 de la Ley 143 de 1994 no es explicativa, sino enunciativa, es decir, para separar sujetos de igual categoría frente al tributo, de allí que cada sujeto este precedido de los artículos “los” y “las”. Además, los autogeneradores no venden los excedentes de energía, son autogeneradores precisamente porque consumen toda la energía que producen y pierden ese carácter en el evento en que vendan sus excedentes.

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

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.

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

3º. Violación al debido proceso.

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

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

Alega la parte actora que, Corporinoquía vulneró su derecho al debido proceso, especialmente su derecho a la defensa, por fundar los actos administrativos demandados en la Resolución No. 181558, de 2002, proferida por el Ministerio de Minas y Energía, acto que nunca le fue notificado, motivo por lo cual el mismo es ilegal además de inconstitucional,

vició que afecta directamente las resoluciones contentivas de la liquidación de la transferencia del sector eléctrico objeto de la controversia.

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

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

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

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

Aclarado lo anterior, es evidente que la falta de notificación de la Resolución No. 181558, atrás referenciada, no afecta la actuación mediante la cual Corporinoquía adelantó el trámite de liquidación de la transferencia del sector eléctrico a cargo BP, pues dicha entidad administrativa, fundó su decisión en un acto administrativo existente, válido, y del cual no sólo podía presumir su legalidad sino también su eficacia, pues no es la autoridad competente para adelantar el trámite administrativo mediante el cual se determina la potencia nominal instalada de los generadores o autogeneradores de energía eléctrica, razón por la cual además, los actos administrativos objeto de las pretensiones no adolecen del vicio de nulidad imputado por la actora en el presente cargo, pues el sustento del mismo, es la ineficacia por falta de notificación de una decisión adoptada en una actuación administrativa distinta, llevada a cabo por una autoridad administrativa diferente, quien era la competente para poner en conocimiento su decisión a los directamente interesados a través de los mecanismos contemplados en el C.C.A., obligación que de ninguna forma correspondía a Corporinoquía tal como aquí se pretende.

En consecuencia, como no prosperó ninguno de los cargos de apelación, la sentencia del Tribunal se debe confirmar 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,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, Notifíquese y Comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen.
Cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ