



Yopal, treinta (30) de abril de dos mil quince (2015)

Demandante: JAIRO BARÓN CABALLERO
Demandado: ECOPETROL Y OTROS
Radicado: 85001-33-31-001-2008-00248-03

POPULAR

Magistrado ponente: HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

ASUNTO POR RESOLVER

Se profiere sentencia de segunda instancia en el proceso constitucional de la referencia, en el cual se controvierte la presunta vulneración de derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público por parte de la empresa BP Exploration Company, por el hecho autogenerador de energía en las plantas de Cupiagua y Cusiana, en más de 25 mil kilovatios.

HECHOS RELEVANTES

Se extractan de la demanda así:

Bp Exploration Company (Colombia) Limited es operador de los CPF, de Cusiana y Cupiagua, en desarrollo de los contratos de asociación Santiago de las Atalayas, Rio Chitamena, Tauramena, que esa empresa produce energía en el CPF de Cusiana Y Cupiagua, según Resolución 181558 de 30 de diciembre de 2002, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, con una capacidad superior a 25 mil kw.

Que la BP en su calidad de operador, actúa bajo su propio riesgo y autoridad, y en calidad de propietario, y está facultado para entregar o repartir a cualquier título, ya sea a terceros o a sus propios asociados, la energía que produce.

Que esa empresa está obligada a pagar a los municipios de Aguazul y Tauramena dos tributos, así:

1. Transferencia al sector eléctrico, artículo 54 Ley 99 de 1993 y 56 de la Ley 143 de 1994, con destino saneamiento básico de los municipios de

Aguazul y Tauramena, por el hecho de generar más de 10 mil kilovatios de energía térmica.

2. La contribución económica de solidaridad del artículo 89 numeral 4 de la Ley 142 de 1994, destinados al pago de subsidios para consumidores de energía de los estratos 1, 2 y 3 de los municipios donde están construidas las plantas térmicas de generación de energía (Aguazul y Tauramena), por el hecho de autogenerar energía y tener una planta de más de 25 mil kilovatios.

Señala que la BP, en su calidad de autogenerador de energía, se acogió a unos incentivos tributarios establecidos en la Ley 1175 de 2007 (descuento del 70% del interés moratorio) de acuerdo con las resoluciones expedidas por los municipios de Aguazul y Tauramena, indica el actor popular que no siguió pagando, atentando de forma flagrante con los derechos colectivos de la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Que dicha empresa ha entregado, en su calidad de operador, energía a sus asociados, Ecopetrol y Ocesa, y por el hecho de vender el barril de petróleo a US130 por más de 100 mil barriles diarios y que no ha cumplido con el mandato legal de liquidar y pagar sus tributos, contradiciendo los derechos colectivos de la moralidad administrativa.

Que los municipios de Aguazul y Tauramena no han recibido ingreso alguno, ni han adelantado trámite administrativo en contra de la BP Exploration por contribución económica de solidaridad, a pesar de estar obligada la empresa de conformidad con el artículo 89, numeral 4 de la Ley 142 de 1994.

Solicita las siguientes

PRETENSIONES

- Que se amparen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público vulnerados por el Empresa BP Exploration Company (Colombia) Limited, por el hecho de autogenerar energía en las plantas de Cupiagua y Cusiana en más de 25 mil kilovatios y no liquidar y pagar el 20% de la generación de energía eléctrica que produce por concepto de la contribución económica de solidaridad, señalada en el artículo 89, numeral 4 de la Ley 142 de 1994, por los años 1993 a 2008 y cuyos beneficiarios son los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de los municipios de Aguazul y Tauramena.

- Que se amparen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público vulnerados por la Empresa BP Exploration Company (Colombia) Limited, por el hecho de autogenerar energía en las plantas de Cupiagua y Cusiana en más de 10 mil kilovatios y abstenerse de liquidar y pagar, por el concepto de transferencia del sector eléctrico, señaladas en el artículo 45 de la Ley 99 de 1994 y artículo 54 de la Ley 143 de 1994, por los años 2006 a 2008 y cuyos beneficiarios son los municipios de Aguazul y Tauramena.
- Que se ordene a la Empresa BP Exploration Company (Colombia) Limited, el pago inmediato de las transferencias del sector eléctrico y la contribución económica de solidaridad a las tarifas por la autoridad competente, sobre la liquidación y la forma de pago de los anteriores tributos.
- Que se ordene la actualización y el pago de los intereses comerciales y de mora, por las sumas debidas.
- Que se fije como incentivo económico en contra de la BP Exploration Company (Colombia) Limited y los municipios de Tauramena y Aguazul el valor que corresponda al 15% de las sumas recuperadas por concepto de transferencia del sector eléctrico y la contribución económica de solidaridad, de que trata el artículo 40 de la Ley 472 de 1998 (f. 2, T. 1°).

ASUNTO LITIGIOSO

La demanda solicita se amparen los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, presuntamente vulnerados por la BP Exploration Company (Colombia) Limited, de ahora en adelante BP, por el hecho de autogenerar energía en las Plantas de Cupiagua y Cusiana en más de 25 mil kilovatios y no liquidar y pagar el 20% de la generación de energía eléctrica que produce (f. 2, T. 1°).

➤ La BP manifestó que se oponía a todas las pretensiones de la demanda por carecer de sustento legal y por no haber transgredido los derechos colectivos invocados, dejó claro que hay un procedimiento para reclamar por vía de las acciones populares y otro el establecido para reclamar la liquidación y pago de tributos como el de *contribución a cargo de los autogeneradores de energía* con destino al *Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso* a que se refiere el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994 y la *transferencia al sector eléctrico* a que hacen referencia los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994.

Indicó que la autogeneración eléctrica en los CPF de Cusiana y Cupiagua por las asociadas (BP, Ecopetrol, Tritón y Ocesa) no causa el tributo denominado *contribución económica de solidaridad* por cuanto las asociaciones y Ocesa son autogeneradoras al existir una copropiedad sobre los equipos e instalaciones generan la energía para sus propias necesidades, que no venden excedentes ni hay partición de entre ellas, por lo que en los términos del artículo 54 de la Ley 193 de 1994, no están obligados al pago de las transferencias de que trata el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 (ff. 566 a 612, T.2°).

➤ Por su parte Ecopetrol se opuso a que prosperen las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de ley, señaló que las acciones populares no son el procedimiento idóneo para la liquidación y cobro de obligaciones tributarias como las reclamadas por el actor popular.

Indica que los contratos de asociación denominados *Santiago de las Atalayas, Río Chitamera y Tauramera*, cuyo objeto es la exploración y explotación de hidrocarburos en áreas de Cusiana y Cupiagua, tiene como partes asociados a BP Exploration, BP Santiago, Ecopetrol y Tempa, que en caso de salir favorable la sentencia a las pretensiones del actor Ecopetrol tendría que asumir parte de la condena a cargo de la BP según se desprende de los contratos de asociación de conformidad con el cual la contribución de solidaridad y redistribución se recauda de los usuarios de la energía.

Que de acuerdo con los *contrato de asociación* las asociadas designaron a la BP para que obrara como operador de cada una de las asociaciones y para que, en ejercicio de esa condición, adquiriera los equipos de generación eléctrica necesaria para la operación de los CPF de Cusiana y Cupiagua, que la BP, de conformidad con la autorización, en ejercicio de su condición como mandataria no representativa, vendió a Ocesa el 30% de la capacidad de generación instalada en el CPF de Cusiana y el 12% de la correspondiente al CPF de Cupiagua, dicha operación fue aprobada por el comité ejecutivo de las asociaciones Santiago de las Atalayas, Tauramera y Río Chitamera, que el precio correspondiente fue abonado a la cuenta conjunta de esas asociaciones.

Que las instalaciones de autogeneración de energía eléctrica de propiedad de las asociadas y Ocesa no se encuentran conectadas a las líneas del Sistema Interconectado Nacional (SIN), ni a ningún otro medio de trasmisión, que ninguna de estas empresas enajenan o reparten a terceros la energía producida. Indica que la autogeneración de energía eléctrica en los CPF de Cusiana Y Cupiagua por las asociadas y Ocesa no causa tributo porque la energía que generada atiende sus propias necesidades, que la BP no ha vendido ni enajenado a ningún título energía eléctrica a Ecopetrol ni a las POPULAR. TRANSFERENCIAS AUTOGENERADORES CUSIANA Y CUIPIAGUA. Fallo

asociaciones ni a Ocesa desde que esta adquirió derechos de común y proindiviso sobre la planta generadora y demás instalaciones que integran los CPF de Cusiana y Cupiagua (ff. 979 a 1012. T. 3°).

➤ Por su parte la BP Santiago Oil Company en similares argumentos que la BP Exploration dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, señaló que a las asociadas les corresponde el 88% de los equipos de generación instalados en el CPF Cupiagua y el 70% de los del CPF Cusiana, y que de eso, BP Santiago tiene el 12% de participación y es el titular del 10.56% y el 8.4% de esos equipos, lo que se tiene que le corresponden 4.382kw de potencia nominal instalada en Cupiagua y 5.693kw en Cusiana (ff. 1038 a 1066, T. IV).

➤ Tempa se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de sustento legal, señaló que tanto los equipos de generación como la energía generada pertenecen en común y proindiviso a la BP Exploration, BP Santiago, Ecopetrol, Tempa y Ocesa, que a la BP solo le corresponde el 13.3% de la potencia nominal instalada en el CPF de Cusiana y el 16.72% de la potencia nominal instalada en CPF de Cupiagua, equivalente respectivamente en 9.013kw y a 6.937kw, cifras que distan sustancialmente de los 25 mil kw a que alude el demandante. Reitera, como todas las anteriores, que las asociadas y Ocesa son autogeneradoras en la medida que son copropietarias de equipos e instalaciones de generación de energía, destinan la energía a la satisfacción de sus propias necesidades y no enajena a terceros ni entre ellas misma.

➤ Ocesa, además de oponerse a las pretensiones de la demanda, señaló que los contratos de asociación denominados Santiago de las Atalayas, Río Chitamina y Tauramina tienen como partes asociadas a la BP Exploration, BP Santiago, Ecopetrol y Tempa, con participación del 19%, 12%, 50% y 19%, respectivamente, según certificación expedida por Ecopetrol el 21 de enero de 2009 y que, según ella, adjuntó con la contestación pero revisada la misma no aparece dicha certificación.

Manifiesta que por ser copropietaria de los equipos de generación de energía eléctrica (12% en el CPF Cupiagua y 30% en el CPF Cusiana) implica que solo le corresponden 4.978kw de potencia nominal instalada en Cupiagua y 20.331kw en Cusiana lo que estaría por fuera de los 25 mil kw, que se beneficia de la energía en su calidad de comunera la cual destina a la operación del Oleoducto Central.

DECISIÓN RECURRIDA

En la sentencia de primera instancia proferida el 15 de febrero de 2013 por el Juzgado Primero Administrativo de Yopal, se accedió parcialmente a las pretensiones de la acción popular. El a-quo, en términos generales, después de señalar cuáles son los derechos colectivos invocados por el actor y los hechos probados en la demanda, señaló que:

- ✓ Contrario a lo indicado por el actor popular los municipios de Tauramena y Aguazul sí han ejecutado gestiones tendientes al cobro del tributo denominado *TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO*, y para ello han expedido actos administrativos de trámite y definitivos a través de los cuales han liquidado el impuesto salvaguardando el erario público, sin que su actuar pueda predicarse quebranto de la moralidad administrativa.
- ✓ Pese a lo anterior, señaló que los obligados a hacer la liquidación oficial no han sido diligentes por lo que han dejado pasar mucho tiempo el cual posteriormente es objeto de premios para los morosos al recibir los beneficios tributarios, que han efectuado gestiones respecto a la BP Exploration y Ecopetrol pero que se desconocen las realizadas a la empresa Ocesa por ser copropietaria de los sistemas de generación, en el porcentaje en que a este le corresponde.

Manifiesta que ha sido una constante la renuencia al pago de impuestos reclamados, que se convierte en regla general no su pago oportuno y voluntario sino que lo es con requerimientos, liquidaciones oficiales, etc., lo que demanda gastos de abogados y demoras por los términos, debido proceso, cuando su imperativo legal es hacer la liquidación privada mes vencido, concluyendo el despacho que tal conducta atenta contra el patrimonio público y de contera atenta contra la planeación y ejecución de obras programadas gubernamentalmente.

Concluye que la liquidación se debe hacer los primeros 10 días de cada mes, y que están pendientes los impuestos de *Transferencia del Sector Eléctrico* a partir del mes de junio de 2011, lo anterior sin perjuicio de que la administración revise las liquidaciones privadas hechas por la BP Exploration y que fueron acreditadas en el proceso y que de resultar diferencias a favor de los entes se proceda de forma inmediata a su cancelación por parte de la BP hoy Equion Energia Limited.

Respecto del impuesto de *TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO* impartió las siguientes órdenes:

"(...). Se ordenará a (i) BP EXPLORATION COMPANY en su calidad de operador de los contratos de Tauramena, Río Chitamena, y Santiago de las Atalayas, éste último hasta el 30 de junio de 2010, derivado de las obligaciones estipuladas en los referidos negocios jurídicos suscritos por ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria en cabeza de cada uno de asociados (ii) a ECOPETROL a partir del 1 de julio de 2010 en lo que respecta a contrato de Santiago de las Atalayas, en los términos establecidos en el Acta de Terminación, especialmente en la cláusula 7.5.3. (iii) OLEDUCTO CENTRAL SA, por ser ésta última copropietaria del sistema de generación, de conformidad con escritura Pública No. 2285 del 7 de diciembre de 2000¹[1] en los porcentajes establecidos, que en el perentorio término de un (1) mes, contado a partir de la notificación del presente fallo, procedan a hacer la liquidación privada del periodo adeudado a los municipios de Aguazul y Tauramena - junio de 2011 a la fecha- y dispongan lo pertinente para girar su importe a los entes territoriales.

Igualmente se ordena que, a partir de la fecha, hagan la liquidación privada, en los términos de ley, esto es, mes vencido, disponiendo su pago de forma oportuna. También debe ordenarse que una vez verificada la liquidación por parte de los entes territoriales correspondientes al periodo que BP, acreditó su pago en esta actuación, de salir dineros a favor de los municipios, proceda a su pago inmediato, sin más reparos o dilaciones.

Se ordenará a los entes territoriales - Municipio de Aguazul y Tauramena-, efectuar las gestiones y expedir los actos administrativos necesarios para lograr la adecuada recaudación de este tributo de conformidad con el Estatuto tributario²[2], normatividad que es aplicable de conformidad con lo establecido en los artículos 66 de la Ley 383 de 1997³[3] y 59 de la Ley 788 de 2012⁴[4], ejerciendo de forma amplia de sus facultades de fiscalización e investigación por lo cual deberán adelantar las siguientes gestiones:

(i) Efectuar las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación del impuesto de transferencia del sector eléctrico, de conformidad con el artículo 684 del Estatuto Tributario entre otras corresponde:- verificar la exactitud de las declaraciones y liquidaciones presentadas por las entidades accionadas para el periodo de 2006 y subsiguientes, en las que se incluyen las liquidaciones y transferencias electrónicas que fueron allegadas dentro del término de alegatos de conclusión visibles folios 2590-2592 2593-2597 cdno. VII, determinando si se hacen acreedoras a los beneficios de la Ley 1175 de 2007 y Ley 1430 de 2010, con ocasión de cumplimiento de la carga tributaria impuesta legalmente; (ii) Hacer las correcciones dentro de los plazos establecidos legalmente (artículos 698 y 702 del Estatuto Tributario) y la imposición de sanciones a que haya lugar (iii) Adelantar las acciones de cobro de las obligaciones fiscales dentro de los términos establecidos en el artículo 817 del Estatuto Tributario en caso necesario (iv) Expedir los actos

¹ En la cláusula sexta: "COPROPIEDAD: En virtud de este contrato de compraventa surge una copropiedad sobre los activos que conforman el SISTEMA DE GENERACIÓN ELÉCTRICA".

² Estatuto Tributario Decreto 624 de 1989(Marzo 30 de 1989)".

³ ARTICULO 66. ADMINISTRACIÓN Y CONTROL. Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional.

⁴ ARTÍCULO 59. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO TERRITORIAL. Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos.

administrativos necesarios en caso de omisión de declaración oportuna del tributo para lo cual deberán seguir los procedimientos establecidos en el Título IV de Estatuto Tributario y las normas procedimentales fijadas por los entes territoriales y demás normas concordantes.

Lo anterior sin perjuicio de lo que se ordene por parte del juez competente en relación con los procesos en curso de nulidad y restablecimiento respecto a los actos administrativos que han liquidado este tributo.

(...)"

(Sic para todo el texto, ff. 2627 vto. y 2628, T. VII).

- ✓ Respecto del **IMPUESTO DE CONTRIBUCIÓN DE SOLIDARIDAD POR AUTOGENERADORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA**, después de hacer un análisis de la normatividad que la establece llegó a la conclusión de que: *"...a los Municipios no les corresponde recaudar, ni administrar la contribución establecida por el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994, situación que impide ordenar a esas entidades territoriales recaudar un impuesto que tiene carácter nacional y que correspondería recaudar al Ministerio de Minas y Energía. Derivado de lo anterior, correspondería al Ministerio de Minas y Energía establecer la liquidación y cobro del impuesto de contribución económica de solidaridad, establecido en el artículo 89 numeral 4 de la Ley 142 de 1994. Razones suficientes para declarar probada la excepción de la falta de legitimación de los entes territoriales para realizar las gestiones de recaudación de este impuesto, excepción propuesta por ECOPETROL y el OLEODUCTO CENTRAL S.A"* (Sic para todo el texto).

Y en la parte resolutive de la sentencia dispuso (ff. 263 y 264, c. 1º):

"(...).

PRIMERO: *Declarar probadas las excepciones denominadas: "inexistencia de obligación de pagarla contribución de solidaridad y redistribución de ingresos" contenida en el artículo 89 numeral 4 de la Ley 142 de 1994 propuesta por B. P EXPLORATION COMPANY (HOY EQUION ENERGÍA LIMITED), ECOPETROL. BP SANTIAGO OIL COMPANY TEPMA Y OLEODUCTO CENTRAL, y la excepción denominada "los Municipios de Aguazul y Tauramena no pueden vulnerar los derechos a la moralidad y a la defensa del patrimonio público por cuanto no son las entidades encargadas de recaudar la contribución de solidaridad y redistribución de ingreso, establecida en el artículo 89 Numeral 4 de conformidad con la Ley 142 de 1994" propuesta por las entidades accionadas, ECOPETROL, el OLEODUCTO CENTRAL S.A.*

SEGUNDO: *Declarar no probadas las demás excepciones propuestas por las accionadas.*

TERCERO: *AMPARASE el derecho colectivo al patrimonio público, quebrantado por los entes territoriales, Alcaldía de Aguazul y Tauramena; Bp, Exploration Company Limited, hoy Equion Energía Limited, en su calidad de operador en los contratos de asociación Tauramena y Rio Chitamena, (ii) ECOPETROL S.A. en los términos*

establecidos en el Acta de liquidación del contrato de asociación Santiago de las Atalayas y (iii) OLEODUCTO CENTRAL S.A OCENSA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDÉNESE a los entes territoriales - Municipio de Aguazul y Tauramena, en cabeza de sus mandatarios-, que en el perentorio termino de un (1) mes contado a partir de la promulgación del presente fallo, verifiquen la exactitud de las declaraciones y liquidaciones presentadas por las entidades accionadas del **IMPUESTO DE TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO**, para el periodo de 2006 a mayo de 2011, determinando si se hacen acreedoras a los beneficios de la Ley 1175 de 2007 y Ley 1430 de 2010, conforme a los comprobantes de pago aportados, y si el pago hecho, también comprende el porcentaje que le corresponde pagar a Ocensa. De ser necesario, dentro del mismo término efectúen las correcciones o modificaciones correspondientes y en caso de existir diferencia, adelanten de forma inmediata los trámites de ley para obtener su pago.

QUINTO: ORDÉNESE a los entes territoriales - Municipio de Aguazul y Tauramena, en cabeza de sus alcaldes -, que si pasado un (1) mes desde la promulgación de esta sentencia, si los sujetos pasivos de la obligación, - Bp, Exploration Company Limited, hoy Equion Energia Limited, ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, y OLEODUCTO CENTRAL S.A OCENSA-, no ha presentado las liquidaciones privadas del impuesto de Transferencia del Sector eléctrico y dispuesto su pago, correspondientes al periodo **junio de 2011 a la fecha de este fallo**, de forma inmediata proceda a hacer los requerimientos y/o la liquidación oficial y, de ser necesario, impongan las sanciones establecidas en los términos de ley (E.T.).

SEXTO: ORDÉNESE a los representantes legales de los entes territoriales, que a partir de la fecha, si las empresas obligadas no presentan la liquidación privada, mes vencido, del impuesto de Transferencia del Sector eléctrico, en los términos de ley, procedan de forma inmediata a realizar los requerimientos y/o liquidación oficial, disponiendo lo pertinente para su cobro, con imposición de las sanciones correspondientes.

SEPTIMO: ORDÉNESE a la Sociedad (i) **BP EXPLORATION COMPANY** en su calidad de operador de los contratos de Tauramena, Río Chitamena, y Santiago de las Atalayas, éste último hasta el 30 de junio de 2010, de no haberlo hecho aún, proceda a hacer la liquidación privada del **IMPUESTO DE TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO**, adeudado a los municipios de Aguazul y Tauramena, según corresponda, por los periodos de **junio de 2011 a la fecha**, y de forma inmediata gire su importe a los entes territoriales. Dicha orden debe ser ejecutada en el perentorio término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo.

Lo anterior, sin perjuicio de la solidaridad que conforme al Estatuto Tributario le cabe a las asociadas BP., ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY y/o copropietaria (s).

POPULAR. TRANSFERENCIAS AUTOGENERADORES CUSIANA Y CUPIAGUA. Fallo

OCTAVO: ORDÉNESE a ECOPETROL que, de no haberlo hecho aún, proceda a hacer la liquidación privada del IMPUESTO DE TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO, adeudado a los municipios de Aguazul y Tauramena, según corresponda, por los periodos de junio de 2011 a la fecha, y de forma inmediata gire su importe a los entes territoriales, en lo que respecta al contrato de asociación Santiago de las Atalayas. Lo anterior, sin perjuicio de la solidaridad que conforme al Estatuto Tributario le cabe a las asociadas. Dicha orden debe ser ejecutada en el perentorio término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo.

NOVENO: ORDÉNESE a OLEDUCTO CENTRAL SA, en su calidad de copropietaria del sistema de generación de energía eléctrica, de no haberlo hecho aún, proceda a hacer la liquidación privada del IMPUESTO DE TRANSFERENCIA DEL SECTOR ELÉCTRICO, adeudado a los municipios de Aguazul y Tauramena, en el porcentaje que le corresponda, por los periodos de junio de 2011 a la fecha, y de forma inmediata gire su importe a los entes territoriales. Dicha orden debe ser ejecutada en el perentorio término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo.

DECIMO: ORDÉNESE a los sujetos pasivos del tributo Transferencia del Sector Eléctrico: Bp, Exploration Company Limited, hoy Equion Energia Limited, en su calidad de operador en los contratos de asociación Tauramena y Rio Chitamena, ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, y OLEODUCTO CENTRAL S.A OCENSA, que a partir de la fecha del presente fallo, hagan las liquidaciones privadas, en los términos de ley, esto es, mes vencido, disponiendo su pago de forma oportuna, sin dilaciones ni interferencias.

DECIMO PRIMERO: ORDÉNESE a las obligadas efectuar los pagos que resulte de la Revisión o Correcciones a las liquidaciones efectuadas por los entes territoriales del tributo de Transferencia del Sector Eléctrico de que trata Ley 99 de 1993 y la Ley 143 de 1994.

Lo anterior sin perjuicio de lo que se ordene por parte del juez competente en relación con las demandas de nulidad y restablecimiento entabladas respecto a los actos administrativos a través de los cuales se ha liquidado este tributo.

DECIMO SEGUNDO: COMITÉ DE VERIFICACION. Estará integrado por los Alcaldes Municipales de Aguazul y Tauramena, el Ministerio Público a través de su procurador delegado ante este Despacho y un representante o delegado de las Empresas: BP EXPLORATION COMPANY, (Hoy Equion Energia Limited) ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, OLEODUCTO CENTRAL S.A., y el titular de éste Despacho, quien lo presidirá; quienes rendirán informes, bimestralmente, de las actividades adelantadas tendientes al cumplimiento cabal de lo ordenado, sin perjuicio que el Despacho disponga, en término prematuro o diferente, informes o la práctica de inspección judicial para su verificación directa.

DECIMO TERCERO: *REMITIR copia de la demanda, del auto admisorio y de este fallo, a la Defensoría del Pueblo, en atención a lo dispuesto en el artículo 80 ibídem.*

DECIMO CUARTO: *Negar el incentivo al actor popular por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

DECIMO QUINTO: *No se hace condena en costas, conforme a lo expuesto en precedencia.*

DÉCIMO SEXTO: *En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores llevados al efecto.*

(Sic para todo el texto, ff. 2631 vto. a 2633, T. VII).

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte pasiva (BP Exploration Company Colombia Ltda.(hoy Equion Energía Limited); BP Santiago y Ocesa), en términos generales, dentro del término solicitó revocar parcialmente la sentencia, en el sentido de que no hay lugar a liquidar nuevamente la *transferencia del sector eléctrico* por los periodos comprendidos entre el mes de junio de 2011 y febrero de 2013, porque su importe ya fue cancelado oportunamente por parte de la BP como operadora de las asociadas y como mandataria de Ocesa en los CPF Cusiana y Cupiagua, la última hasta el mes de junio de 2010, y Ecopetrol en el CPF de Cupiagua a partir de junio de 2010, liberando de sus obligaciones a todas las compañías citadas ya que la totalidad de la energía se produce en la planta de cada CPF y el tributo se liquida sobre el total de los kilovatios autogenerados en ellas, independientemente de la participación que tenga cada una de las empresas mencionadas sobre su propiedad.

Igualmente solicitó que no hay necesidad de constituir un comité para verificar, mes a mes, el cumplimiento de los pagos, así mismo, pretende que se aclare que todos los pagos realizados por la BP Exploration liberan de sus obligaciones no solamente a dicha compañía, sino también a sus *asociadas: BP Santiago, Ecopetrol y Tempa* y a la copropietaria de los equipos de generación de energía Ocesa (ff. 2643 a 2649, T. VII).

En igual sentido, el apoderado judicial de Ecopetrol S.A: y de Tempa solicitó que se reforme la parte resolutive de la sentencia, en especial los ordinales quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y décimo segundo, en resumen, así:

- Reformar los ordinales séptimo y octavo de la sentencia en el sentido de indicar que las liquidaciones y pagos efectuados hasta la fecha por Equion como operador del CPF de Cusiana, hasta el 30 de junio de 2010 y como

mandatario de los copropietarios de las plantas de autogeneración y Ecopetrol como operador del CPF Cupiagua y como mandatario de los copropietarios de las planta autogeneradoras, al igual que los pagos y liquidaciones que se realicen de ahora en adelante por concepto de impuesto de transferencia del sector eléctrico deben corresponder a la totalidad de la energía autogenerada y, por consiguiente, liberen a todas las compañías asociadas y a Ocesa, en su condición de copropietarias de los respectivos equipos de autogeneración de energía, del pago de dicho impuesto.

- Reformar los ordinales quinto, sexto y décimo de la parte resolutive del fallo en las mismas indicaciones que se hicieron anteriormente.
- Reformar el ordinal noveno de la sentencia en el sentido de indicar que las liquidaciones y pagos efectuados por Equion y Ecopetrol por concepto de Impuesto de Transferencia del Sector Eléctrico liberan a Ocesa de realizar dichas liquidaciones y pagos por ser ellas mandatarias de esta en su calidad de copropietaria de los respectivos equipos autogeneradores de energía.

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente se recibió en Secretaría de esta Corporación el 3 de abril de 2012, se repartió e ingresó al despacho de descongestión⁵ ese mismo día (f. 2, c. 2ª inst.). El 11 de abril de 2013 se solicitó aclaración al a-quo sobre la concesión del recurso (f. 3 c. 2ª inst.), contra dicha providencia el apoderado de la BP Exploration (hoy Equion Energía), BP Santiago y Ocesa presentó recurso de reposición (ff. 4 a 6, c. 2ª inst.) y fue resuelta favorablemente mediante providencia del 30 del mismo mes y año , en la que no solo se admitió el recurso, sino que, conforme a las previsiones del artículo 361 del C.P.C. se le advirtió a las partes sobre la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas en segunda instancia de considerarlo pertinente y se reconoció personería al apoderado sustituto de uno de los entes demandados (f. 9 y 10, c. 2ª inst.).

La BP solicitó en el recurso de alzada oficiar a Ecopetrol para que aporte los recibos de pago de la contribución realizadas a partir de junio de 2011 hasta la fecha del fallo (f. 2647, T. VII), petición que no fue atendida porque no se acreditó ninguna de las situaciones previstas en el artículo 361 del C.P.C., situación frente a la cual quien la pidió guardó silencio.

Mediante auto del 16 de mayo de esa anualidad se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 12 c.2ª inst.), oportunidad que aprovechó la parte accionada (ff. 13 a 21 y 22 a 29 c. 2ª inst.), insistiendo sobre los planteamientos

⁵ A cargo del magistrado Carlos Alberto Hernández.

expuestos en los recursos de alzada. El Ministerio Público no emitió concepto.

El 8 de julio de 2013 se ordenó la práctica de unas pruebas de oficio por parte del magistrado sustanciador de la época (f. 32, c. 2ª inst.), decisión que se repitió nuevamente el 15 de agosto de 2013 por cuanto no se había allegado lo solicitado en el auto anterior (f. 141, c. 2ª inst.).

Teniendo en cuenta que el despacho identificado con el número 701 (interno Despacho 04) de descongestión no fue prorrogado conforme al artículo 44 numeral 1º del Acuerdo PSAA13-9991 de 26 de septiembre de 2013 fue asignado al presente Despacho para continuar con el trámite, el cual, mediante auto de 15 de octubre de 2013, avocó conocimiento y se ordenó regresar al Despacho para asignación de turno para fallo (f. 146, c. 2ª inst.)

1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecida en la Ley 472 de 1998, las partes que concurrieron al proceso estaban en la capacidad legal de hacerlo, se les respetó el derecho de defensa y contradicción, además el juez que conoció del proceso era competente para adelantar el mismo, su trámite estuvo ajustado a los preceptos legales, lo que permite a esta Corporación entrar a emitir decisión de fondo, máxime cuando las partes no plantearon la existencia de nulidad ni el Tribunal en esta oportunidad advierte la presencia de alguna para decretarla oficiosamente, es decir, se cumplió el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Carta Política.

2. Problemas Jurídicos

Los problemas por resolver se contraen exclusivamente a los temas que fueron objeto del recurso de apelación y se plantean como se consigna a continuación:

¿Están obligados los operadores y sus asociadas en virtud de la suscripción de contratos de asociación a pagar de manera individual el tributo de transferencia del sector eléctrico por autogeneración de energía?

¿Es procedente que los entes territoriales verifiquen las liquidaciones privadas realizadas por las empresas autogeneradoras de energía, cuando su cumplimiento y pago efectivo se han hecho de manera oportuna?

¿Constituye carga administrativa injustificada la constitución permanente e indefinida de comité de verificación con obligación de presentar informes bimestrales sobre el pago de transferencia del sector eléctrico para asegurar el cumplimiento del fallo?

2.1 Precisiones acerca de los alcances del fallo. Acogido uno de los planteamientos de los recurrentes, aunque con efectos diferentes, debe indicarse que al núcleo propio del proceso popular no corresponde la determinación de gravámenes, ni la discusión de liquidaciones privadas o de actos de determinación, ni tampoco definir individualmente hechos generadores o responsables de obligaciones formales ni substanciales.

Por ello, la aplicación de las sentencias de las dos instancias se hará teniendo presente que sus propósitos lo son *forzar a las autoridades administrativas a cumplir sus deberes de fiscalización y a los obligados a cumplir los propios de declaración privada y pago oportuno de las transferencias* de las que se ocupa el litigio; ello, como lo previene el fallo recurrido, sin perjuicio de las decisiones administrativas en firme y de las judiciales en las que *individualmente* se fijaron y fijen las obligaciones concretas por cada periodo fiscal u obligado a dichas transferencias y mientras subsistan los presupuestos fácticos y normativos aplicados en líneas de jurisprudencia horizontal y vertical constantes acerca de su régimen, a cuyos componentes se hará referencia más adelante.

3. Hechos relevantes probados

Con las pruebas aportas a la acción constitucional se demostró la existencia de los contratos de asociación así:

➤ CONTRATO DE ASOCIACIÓN: La existencia del vínculo contractual de asociación entre ECOPETROL S.A., B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION), TOTAL EXPLORATIE EN PRODUKTIE MIJ B.V (TEPMA) y TRITON COLOMBIA INC (hoy SANTIAGO OIL COMPANY), quienes suscribieron los contratos de asociación de Santiago de las Atalayas, Tauramena y río Chitamina contenidos en los siguientes instrumentos públicos:

- ✓ Escritura pública 1867 del 11 de junio de 1982 otorgada ante la Notaría 18 del Círculo de Bogotá recoge contrato de asociación y exploración de petróleo en el sector Santiago de las Atalayas I celebrado entre ECOPETROL y TRITON COLOMBIA INC (ff. 2105-2125, T. VI).

- ✓ Escritura Pública 2041 del 17 de junio de 1988 otorgada en la Notaría 10ª de Bogotá que contiene contrato de asociación para la exploración y explotación de petróleo en el sector de Tauramena, celebrado por ECOPETROL y TRITON COLOMBIA INC (hoy B.P. Santiago Oil Company) (fls. 2126-2173, T. VI).
- ✓ Escritura Pública 1255 del 15 de Septiembre de 1987 otorgada en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá, mediante la cual TRITON COLOMBIA INC (hoy B.P. Santiago Oil Company), cedió sus derechos, interés y participaciones en el contrato de asociación para la explotación de petróleo en el sector Santiago de las Atalayas I a favor de BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTDA (hoy EQUION) y TOTAL EXPLORATIE EN PRODUCTE MAATSCHAPPIJ BV (TEPMA) (fl. 2331-2337, T. VI).
- ✓ Escritura Pública 1602 del 11 de junio de 1990, otorgada en la Notaría 10 del Círculo de Bogotá, mediante la cual TRITON COLOMBIA INC (hoy BP SANTIAGO OIL COMPANY) cedió sus derechos, intereses y participaciones en el contrato de asociación para la exploración y explotación de petróleo en el sector de Tauramena a favor de BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTDA (hoy EQUION) y TOTAL EXPLORATIE EN PRODUCTE MAATSCHAPPIJ BV (TEPMA) (fl. 22338-2348, T.VI).
- ✓ Escritura Pública 2586 del 9 de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, mediante la cual las asociadas privadas efectuaron cesiones de derechos, participaciones e intereses en los contratos de asociación para la exploración y explotación de petróleo en los sectores de Santiago de las Atalayas I y Tauramena (fls. 2350-22624, T.VI).
- ✓ Escritura Pública 4031 del 29 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá que contiene cesión de derechos, participaciones e intereses a favor de TRITON COLOMBIA INC (hoy BP SANTIAGO OIL COMPANY) para igualar los derechos de las asociadas privadas en el contrato de asociación para la exploración y explotación de petróleo en el sector Río Chitamena con los derechos de los contratos de asociación para la exploración y explotación de petróleo en los sectores de Santiago de las Atalayas I y Tauramena (fls. 2263-2373, T. VI).
- **CALIDAD DE OPERADOR:** en la cláusula décima primera de la escritura pública 2586 del 9 de septiembre de 1992 se dejó establecido lo siguiente:

*"Durante el período de exploración BP será el representante ante Ecopetrol encargado de cumplir con todas las obligaciones a cargo de la parte Asociada. En el período de explotación BP actuará como **operador** de los contratos de asociación y mediante los representantes que ella designe, tendrá la representación de los intereses de las compañías Asociadas ante el Comité Ejecutivo*

POPULAR. TRANSFERENCIAS AUTOGENERADORES CUSIANA Y CUPIAGUA. Fallo

de los contratos, para todos los efectos y fines allí previstos" (Sic para todo el texto, negrilla y subrayas de la Sala. fls. 2451-2454, T. VII).

En sentido similar se pronunció la cláusula quinta de la escritura pública 1602 del 11 de junio de 1990, en la cual se estableció:

"Triton, BP, y Total aceptan, sujeto a los acuerdos previos escritos con Triton, **que BP sea: a) Durante el período y trabajos de exploración, tal como se define en el contrato de Asociación, el representante ante Ecopetrol, encargado de cumplir con todas las obligaciones a cargo de la parte asociada y b) Durante el período y trabajos de explotación tal como se define en el contrato de Asociación, BP actuará como operador del Contrato de Asociación**" (Sic para todo el texto, negrilla y subrayas de la Sala. (fls. 2340 y vta., T. VII.).

De igual manera, se advierte que dentro de la escritura pública 4031 del 29 de julio de 1994 con la que se protocolizó el contrato de asociación Río Chitamina suscrito el 19 del mismo mes y año, sus cláusulas primera, segunda y quinta establecen:

PRIMERA: En ejercicio de los derechos emanados de la cláusula 27 del Contrato de Asociación Río Chitamina y con la previa aprobación de **ECOPETROL, TOTAL Y BP** ceden a **TRITON** el 11 y el 1% respectivamente de sus intereses, derechos y obligaciones en común y proindiviso en el contrato de Asociación Río Chitamina suscrito con **ECOPETROL**.

SEGUNDA: Luego de esta cesión de porcentajes en el contrato de asociación quedarán así:

ECOPETROL	50%
TOTAL	19%
B.P.	19%
TRITON	12%
(...)	

QUINTA: "Esta cesión parcial no constituye novación o modificación alguna al Contrato de Asociación, excepto cuando se refiere a la cesión misma que se hace por medio de este documento. BP continuará como operador en los términos del respectivo contrato y las partes que conforman a la Asociada designarán un representante para integrar el Comité Ejecutivo" (fl. 2466 vta., T.VII. Sic para todo el texto).

BP y OCENSA suscribieron acuerdo de colaboración que requería transferir derechos común y proindiviso sobre la comunidad de bienes integrada por el sistema de generación eléctrica, por ende, mediante escritura pública 2285 del 7 de diciembre de 2000 otorgada ante la Notaría 15 del Círculo de Bogotá las asociadas vendieron al OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA los derechos común y proindiviso equivalentes al 30% de la planta de generación eléctrica CPF Cusiana y el 12% de la planta de generación eléctrica de CPF Cupiagua.

De igual forma BP suscribió con OCENSA varios contratos de mandato sin representación, con el objeto que la primera mencionada prestara servicios de operación y mantenimiento necesarios para garantizar el óptimo funcionamiento del sistema de generación eléctrica (fls. 2437-2450, T.VII).

➤ Pago del tributo durante el lapso cuestionado. En la sentencia se ordena a las demandadas, si no lo han hecho, efectuar el pago del tributo por concepto de transferencia del sector eléctrico a los municipios de Tauramena, en lo correspondiente al CPF Cusiana, y a Aguazul, en lo atinente al CPF Cupiagua, generado durante el lapso comprendido de junio de 2011 hasta la fecha, sin embargo, el apoderado de la B.P. EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LTD (hoy EQUION ENERGIA LIMITED) dentro del recurso de apelación afirma que sus representadas no adeudan suma alguna en el referido período por dos razones: (i) porque sus obligaciones respecto del CPF Cupiagua cesaron a partir del 30 de junio de 2010, fecha a partir de la cual dicha planta se le revirtió a ECOPETROL y (ii) porque acredita con prueba documental anexa a la alzada, haber efectuado juiciosamente los pagos correspondientes al CPF Cusiana, información que si bien no conoció en su momento el a-quo, reafirma lo manifestado por BP durante el desarrollo del proceso por lo que se considera pertinente por razones pedagógicas plasmarlo en el siguiente cuadro, pues permite un mejor entendimiento del asunto en debate.

Fecha pago	Periodo	Año	Valor	Quien paga	Quien recibe
07-07-2011	JUNIO	2011	18.956.362	EQUION	TAURAMENA ⁶
05-08-2011	JULIO	2011	18.408.489	EQUION	TAURAMENA ⁷
05-09-2011	AGOSTO	2011	18.668.003	EQUION	TAURAMENA ⁸
05-10-2011	SEPTIEMBRE	2011	17.567.860	EQUION	TAURAMENA ⁹
04-11-2011	OCTUBRE	2011	18.919.642	EQUION	TAURAMENA ¹⁰
06-12-2011	NOVIEMBRE	2011	18.986.947	EQUION	TAURAMENA ¹¹
05-01-2012	DICIEMBRE	2011	18.408.489	EQUION	TAURAMENA ¹²
06-02-2012	ENERO	2012	18.647.674	EQUION	TAURAMENA ¹³
10-02-2012			695.558		
			19.343.232		
05-03-2012	FEBRERO	2012	17.584.636	EQUION	TAURAMENA ¹⁴
04-04-2012	MARZO	2012	18.490.248	EQUION	TAURAMENA ¹⁵
03-05-2012	ABRIL	2012	19.280.828	EQUION	TAURAMENA ¹⁶
05-06-2012	MAYO	2012	19.218.421	EQUION	TAURAMENA ¹⁷
05-07-2012	JUNIO	2012	18.899.263	EQUION	TAURAMENA ¹⁸
05-09-2012	AGOSTO	2012	19.379.710	EQUION	TAURAMENA ¹⁹
02-11-2012	OCTUBRE	2012	18.401.340	EQUION	TAURAMENA ²⁰
05-12-2012	NOVIEMBRE	2012	17.777.177	EQUION	TAURAMENA ²¹
04-01-2013	DICIEMBRE	2012	19.280.828	EQUION	TAURAMENA ²²

⁶ Fls. 2704, 2710, 2711, 2712, 274, 2715

⁷ Fls. 2702, 2703, 2704, 2717

⁸ Fls. 2699, 2700, 2701

⁹ Ff. 2693, 2695, 2696, 2697

¹⁰ Ff. 2690, 2691, 2692, 2694

¹¹ Ff. 2688, 2689

¹² Ff. 2685, 2686, 2687

¹³ Ff. 2680, 2681, 2683, 2684

¹⁴ Ff. 2678 vto.

¹⁵ Ff. 2677 vto.

¹⁶ Ff. 2676 vto.

¹⁷ Ff. 2675 vto.

¹⁸ Ff. 2674 vto.

¹⁹ Ff. 2673 vto.

²⁰ Ff. 2672 vto.

²¹ Ff. 2671 vto.

06-02-2013	ENERO	2013	19.196.933	EQUION	TAURAMENA ²³
------------	-------	------	------------	--------	-------------------------

Se encuentra también acreditado el pago del tributo, aquí cuestionado, a los siguientes entes territoriales y en los montos que refiere la tabla siguiente:

MUNICIPIO	PERÍODO	VALOR
AGUAZUL	01-01-1999/31-12-2005	1.366.533.517 ²⁴
AGUAZUL	01-01-2006/31-05-2011	886.254.303 ²⁵
TAURAMENA	01-06-1997/31-12-2005	1.935.302.941 ²⁶
TAURAMENA	01-01-2006/31-05-2011	1.455.784.864 ²⁷

Adicionalmente, mediante memorial de fecha 26 de junio de 2008 (ff. 2588-2589, T. VII) dirigido al Alcalde del municipio de Tauramena por el apoderado de BP EXPLORATION COMPANY -COLOMBIA -LTD., como mandatario especial de las empresas: TEPMA (antes TOTAL EXPLORATIE EN PRODUKTIE MAATSCHAPPIJ B.V.), compañía constituida con las leyes de Holanda, con sucursal constituida en Colombia mediante escritura pública 600 del 11 de marzo de 1987 otorgada ante la Notaría Décima Primera de Bogotá; BP SANTIAGO OIL COMPANY (antes TRITON COLOMBIA INC), constituida de acuerdo con las leyes de las Isla Caymán, con sucursal debidamente constituida en Colombia mediante escritura pública 2979 del 8 de julio de 1982 otorgada ante la Notaría Sexta de Bogotá; OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA, sociedad constituida por escritura pública 4747 del 14 de diciembre de 1994 de la Notaría 38 del Círculo de Bogotá y ECOPETROL S.A., entidad descentralizada del orden nacional, organizada por la Ley 1118 de 2006 como sociedad de economía mixta, vinculada al Ministerio de Minas y Energía, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, regida conforme a los estatutos contenidos en la escritura pública 5314 del 14 de diciembre de 2007 otorgada ante la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, informa sobre el pago efectuado a ese ente territorial originado en las liquidaciones contenidas en las resoluciones expedidas contra la BP EXPLORATION COMPANY -COLOMBIA- LTD y ECOPETROL S.A. por concepto de transferencias del sector eléctrico en monto de \$1.935.302.941, aclarando que dicho valor no incluye el pago de los años 1995, 1996 y hasta mayo de 1997, por haber sido declarados prescritos dichos períodos por el Tribunal Administrativo de Casanare mediante sentencia del 17 de octubre de 2007.

➤ **Generación de energía** Se encuentra acreditado en autos que las empresas aquí encartadas son autogeneradoras de energía con capacidad superior a 10.000 kilovatios en los sistemas CPF Cusiana en el municipio de

²² Ff. 2669, 2670

²³ Ff. 2667, 2668

²⁴ Ff. 2586, 2587.

²⁵ Ff. 2590, 2592.

²⁶ Ff. 2588, 2589.

²⁷ Ff. 2593, 2597.

Tauramena con tres generadores principales y dos de emergencia que producen 62.91 MW y Cupiagua en el municipio de Aguazul con dos generadores principales y uno de emergencia con una capacidad de generación instalada de 52.424 MVA como lo dejó consignado el perito en su dictamen técnico que por demás no fue objeto de reproche por ninguna de las partes (ff. 2084-2097 y 2088-2091).

Identificadas las censuras reseñadas en los escritos de alzada, los hechos probados y formulados los problemas jurídicos, se aborda a continuación la absolución de los mismos.

4. Fundamento normativo y jurisprudencial

Desde hace tiempo el legislador se había ocupado de regular lo relacionado con la generación de energía eléctrica y así quedó plasmado en la Ley 56 de 1981 cuyo artículo 12 prescribía:

"Artículo 12.- Las entidades propietarias de plantas generadoras de energía eléctrica, con capacidad instalada superior a 10.000 kilovatios, deberán destinar el cuatro por ciento (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.*
- b) *Programas de electrificación rural, con prioridad en las zonas determinadas en el literal a).*

"Parágrafo.- El valor de las ventas en bloque de energía se determinará por el resultado de multiplicar el número de kilovatios despachados por el precio unitario que para ventas en bloque señale el Ministerio de Minas y Energía". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Con relación al tema la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en torno a la finalidad de esta disposición indicó²⁸:

*"La expedición de la ley 56 de 1981 obedeció, entre otras razones, a la necesidad de fomentar la reforestación y protección de los recursos naturales, la defensa del medio ambiente y la ejecución de programas de electrificación rural, en aquellos municipios o regiones en donde se encuentren **situadas centrales hidroeléctricas, las centrales térmicas, y las respectivas plantas generadoras.***

(...)

"El pre-requisito impuesto por el legislador, a que se hace alusión en este aparte, tiene por fundamento la circunstancia consistente en que la capacidad de kilovatios suele estar en relación directa con el daño que se ocasiona a los municipios o a las regiones en donde se encuentran situadas las Centrales Hidroeléctricas, las Centrales Térmicas o las Plantas Generadoras, perjuicio causado que deberá ser remediado mediante la utilización de los dineros provenientes de la inversión que impone la ley, por partes iguales y en forma exclusiva, a las

²⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 379 del 7 de febrero de 1991.

primeras en reforestación y protección de los recursos naturales en la respectiva hoya hidrográfica y en electrificación rural, en la zona de influencia, y a las dos últimas en protección del medio ambiente y, también, en electrificación rural.” (Subrayas y negrilla fuera de texto).

El espíritu de la norma no fue otro que el de tutelar el derecho al ambiente sano frente a una actividad que a nivel global viene causando grave impacto negativo en el ecosistema, principalmente en las regiones en las que operan plantas o centrales generadoras de energía²⁹, por ello bajo la consigna de la lucha mundial por la preservación de un medio ambiente sostenible se conservaron en la Ley 99 de 1993 los mismos propósitos pero con algunas variables, en torno a la definición del sujeto pasivo, el porcentaje establecido para el cálculo de la transferencia, el hecho gravado y la destinación de los recursos, como se encuentra establecido en el artículo 45 que señala:

“ARTICULO 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. 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.

1. En el caso de centrales térmicas la transferencia de que trata el presente artículo será del 4% que se distribuirá así:

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

b. Para el municipio donde está situada la planta generadora.

²⁹ Gaceta del Congreso No. 420 del 29 de noviembre de 1993. “Generación de Energía: La única actividad capaz de generar impactos ambientales mayores a la generación y consumo de energía es la producción humana. (...) El impacto ambiental de la deforestación para fines energéticos es muy grande. (...) A pesar de ser Colombia un país tropical con ventajas comparativas para la generación de energía, mediante el uso de fuentes alternas y renovables, como serían la energía solar, la eólica, la geotérmica entre otras, el país se ha concentrado exclusivamente en la generación hidroeléctrica y térmica mediante el consumo de combustibles fósiles como el carbón y el petróleo”.

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

Parágrafo 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.

Parágrafo 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”.

Esta disposición, previo examen de constitucionalidad, fue declarado exequible en sentencia C-495 de 1998, oportunidad dentro de la cual precisó la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia, aclarando que *“no se trata de un impuesto de las entidades territoriales, sino una contribución establecida para 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”*.

El órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa en torno a la contribución que reguló el legislador de 1993 de la cual se viene hablando, destacó, con más precisión, tres aspectos:

“1. El artículo 45 redefine el sujeto pasivo del tributo, el cual pasa, de ser el propietario de la planta generadora de energía, a las empresas generadoras hidráulicas o térmicas.³⁰ Precisión que obedece a la filosofía de este tipo de contribución, en la cual el causante del daño ambiental es el llamado a responder y a los cambios en el régimen de propiedad de la infraestructura energética.³¹

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta No.1457 del 31 de octubre de 2002:“Como se observa, el artículo 45 de la ley ambiental establece claramente que las corporaciones autónomas regionales deben destinar las transferencias del sector eléctrico recibidas, en el primer caso, **de las empresas generadoras de energía hidroeléctrica**, “a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto” y en el **segundo caso, de las centrales térmicas**,” a la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta”, pudiendo destinar en ambos casos, solamente el 10% a gastos de funcionamiento”.

³¹ Unidad de Planeación Minero Energética –UPME- Revista Colombia Energía y Desarrollo. 1999.”Institucionalidad del sector energético. Evolución Reciente y Estado Actual. Pág.2. “ La generación de electricidad ha ido pasando paulatinamente a manos privadas. Mientras en 1990 era una actividad totalmente pública, en 1998 cerca del 60% era privada o controlada por el sector privado (En algunos casos, como en EMGESA o EPSA, la propiedad es mixta, pero el control administrativo y gerencial está en manos de los privados).

2. Aunque el legislador conservó la obligación de contribuir con esta transferencia en cabeza del sector generador **hidro y termoeléctrico**,³² hizo una distinción al momento de definir el porcentaje base para su cálculo, pues mientras las transferencias del sector hidroeléctrico se calculan sobre el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia, en el sector térmico esta transferencia se calcula sobre el 4%.

3. En el artículo 45 de la ley (sic) 99 de 1993, el legislador precisó, sobre un aspecto que por la importancia económica no debió tener un desarrollo pacífico, y es precisamente el atinente al hecho gravado. Mientras en la ley 56 de 1981, el legislador previó que se debía destinar **"el 4% del valor de las ventas de energía, liquidadas a la tarifa de ventas en bloque"**, sin hacer distinción alguna; la ley (sic) 99 de 1993, cambió esta expresión por la de **"ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque"**, que contablemente tiene una connotación distinta".³³ (Negrillas en la fuente).

Para hacer más comprensible la disposición legal que rige la contribución de la transferencia del sector eléctrico, se identificarán sus elementos como sigue:

Elementos del tributo:

En pronunciamiento más reciente la jurisprudencia³⁴ vertical identificó los elementos del tributo así:

"a. Sujeto activo:

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.

³² Proyectos de ley 129 y 99 de 1992. Proyecto de ley No. 67 de 1993 Cámara.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-333 DE 1993. Ingreso Bruto: "Es aquel al que no se le han restado los costos y gastos incurridos en la prestación del servicio".

³⁴ C. de E. sentencia del 219 de octubre de 2009, exp. 16796, M.P. W. Giraldo Giraldo.

- 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.

Conforme a la Resolución 055 de 28 de diciembre de 1994, que 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 1° una serie de definiciones para interpretar las disposiciones aplicables a la actividad de generación, así:³⁵

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.

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

³⁵ 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.

finés 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 8° de la resolución estableció: "El autogenerador, de acuerdo con la definición consignada en el artículo 1° 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).

Por su parte, la **cogeneración y el cogenerador** definidos por la Resolución 85 de 1996 de la CREG, expedida con el fin de reglamentar las actividades del Cogenerador conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN), son:

Cogeneración. Proceso de producción combinada de energía eléctrica y energía térmica, que hace parte integrante de una actividad productiva, destinadas ambas al consumo propio o de terceros y destinadas a procesos industriales o comerciales.

Cogenerador. Es aquella persona natural o jurídica que produce energía utilizando un proceso de Cogeneración, y que puede o no, ser el propietario del sistema de Cogeneración.

Conforme al artículo 8° de la resolución en mención, el cogenerador puede vender los excedentes de energía con el cumplimiento de los requisitos que allí se señalan y bajo los lineamientos que ahí mismo se establecen.

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 2 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 este 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 energía³⁶.

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 ibidem, 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."

El artículo 54 de la Ley 143 de 1994 que se cita en precedencia estableció:

"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".
(Bastardilla copia textual, sic para toda la transcripción. Subrayas parciales de la fuente).

Identificadas las disposiciones legales y los conceptos jurisprudenciales que regulan el tributo generado por concepto de transferencia del sector eléctrico y los elementos del mismo como se consignó en precedencia, procede ocuparnos a continuación de las censuras endilgadas al fallo de primer grado como sigue.

5. CARGOS DEL RECURSO DE ALZADA

EFICACIA DEL PAGO EFECTUADO POR BP Y ECOJETROL:

³⁶La 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.

Retomando lo preceptuado en las Leyes 99 de 1993, interpretando la anterior disposición, la Ley 143 de 1994 y atendiendo el alcance jurisprudencial que el Consejo de Estado³⁷ hizo de las empresas que ostentan la condición de sujeto pasivo del tributo, es claro que quedan obligadas a cumplir con esa carga tributaria las generadoras de energía hidroeléctrica y centrales térmicas bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- a) **Generadores:** cuando se trata de persona natural o jurídica por el hecho de producir energía eléctrica.
- b) **Autogeneradores:** cuando la energía que producen la destinan exclusivamente para atender sus propias necesidades.
- c) **Cogeneradores:** empresas que venden 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 (Productores de servicios marginales, independientes o para uso particular).

Hecha esta precisión procede dilucidar ahora si los pagos por concepto de impuesto de transferencia del sector eléctrico realizados por B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION ENERGIA LIMITED), como operador de las asociadas y mandatario de OCENSA como copropietaria de los equipos de autogeneración de energía eléctrica de los CPF Cusiana y Cupiagua, liberan de sus obligaciones a B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, ECOPETROL, TEPMA y al OLEODUCTO CENTRAL S.A.

Está probado en el proceso que entre ECOPETROL S.A., B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION), TOTAL EXPLORATIE EN PRODUKTIE MIJ B.V (TEPMA) y TRITON COLOMBIA INC (hoy SANTIAGO OIL COMPANY), se suscribieron los contratos de Asociación de Santiago de las Atalayas, Tauramena y río Chitamena y se hicieron algunas cesiones de sus derechos contenidos en las escrituras públicas 1867 del 11 de junio de 1982 otorgada ante la Notaría 18 del Círculo de Bogotá (ff. 2105-2125); 2041 del 17 de junio de 1988 otorgada en la Notaría 10^a de Bogotá (ff. 2126-2173); 1255 del 15 de septiembre de 1987 otorgada en la Notaría 28 del Círculo de Bogotá (ff. 2331-2337); 1602 del 11 de junio de 1990, otorgada en la Notaría 10 del Círculo de Bogotá (ff. 2425-2436); 2586 del 9 de septiembre de 1992, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá (ff. 2451-2454); 4031 del 29 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá (fls. 2464-2467).

Tal y como lo explica el a quo dentro del fallo, el contrato de asociación que suscribieron la citadas empresas se hizo bajo la figura comercial del *joint venture* mediante el cual por medio de la colaboración empresarial, un

³⁷ C. de E. sentencia del 219 de octubre de 2009, exp. 16796, M.P. W. Giraldo Giraldo.

conjunto de empresas y sociedades nacionales y/o extranjeras, públicas o privadas, realizan una actividad común con el ánimo de obtener utilidades, sin que dicho contrato constituya una persona jurídica diferente o la **operación conjunta las vuelva solidarias frente a la carga tributaria**. Para el desarrollo de su objeto contractual y ejecución de las actividades que le son propias crean una cuenta conjunta y esta misma designa un operador para el manejo de la misma el cual puede o no formar parte de la asociación.

La operación conjunta implica la adquisición de bienes los que quedan sometidos a un régimen de comunidad, debido a que la propiedad sobre los mismo se distribuye en común y proindiviso entre cada uno de los miembros de la asociación a prorrata de su participación en la misma y como no es posible que todas las asociadas dirijan simultáneamente los negocios de la comunidad, establecen que una de sus integrantes sea la operadora (f. 2622 vto.).

En el caso concreto **B.P. EXPLORATION COMPANY –COLOMBIA– LIMITED (hoy EQUION ENERGIA LIMITED)**, forma parte de la asociación y al mismo tiempo ostenta la condición de operador de las asociadas, condición que le fue atribuida en la cláusula décima primera de la escritura pública 2586 del 9 de septiembre de 1992 (ff. 2451-2454) redactada en los siguientes términos:

*“Durante el período de exploración BP será el representante ante Ecopetrol encargado de cumplir con todas las obligaciones a cargo de la parte Asociada. En el período de explotación BP actuará como **operador** de los contratos de asociación y mediante los representantes que ella designe, tendrá la representación de los intereses de las compañías Asociadas ante el Comité Ejecutivo de los contratos, **para todos los efectos** y fines allí previstos” (ff. 2451-2454).*

Hecha esta aclaración y demostrada la calidad de operador de **B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION ENERGIA LIMITED)**, se infiere que los pagos por concepto de transferencia del sector eléctrico correspondiente a los CPF Cusiana y Cupiagua que ella realizó hasta el 30 de junio de 2010, incluía todas las asociadas, estos es, a **B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION ENERGIA LIMITED)**, **B.P. SANTIAGO OIL COMPANY**, **ECOPETROL** y **TEPMA**, y a la copropietaria de los equipos de autogeneración de energía **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA**; a partir del 1º de julio de 2010 el CPF Cupiagua le fue revertido a **ECOPETROL S.A.**, lo que significa que a partir de esta fecha el tributo en mención se paga así:

- a) Por el CPF Cusiana la transferencia del sector eléctrico a favor del municipio de Tauramena está a cargo de LA ASOCIACIÓN y de OCENSA, conforme al régimen de la cuenta conjunta y de la comunidad que la primera tiene con la segunda.

- b) Por el CPF Cupiagua la transferencia del sector eléctrico a favor del municipio de Aguazul, está a cargo de **ECOPETROL S.A.** sus asociadas y la copropietaria de los equipos de autogeneración de energía **OCENSA.**

De manera que, acorde con las advertencias ya consignadas en torno a los alcances del fallo popular, lo que aquí se dilucida y se declarará lo será únicamente que las actuaciones que hayan realizado la ASOCIACIÓN por conducto de su OPERADORA y en representación de OCENSA su MANDATARIA, vinculan a todos los integrantes de la primera y a la segunda y son enteramente oponibles a los municipios destinatarios de la transferencia; luego, tanto el cumplimiento de obligaciones formales (declarar) como los actos privados de determinación y los pagos, se tendrán como propios de la ASOCIACIÓN y de OCENSA en virtud de la comunidad que tienen constituida. Ni los entes territoriales aludidos ni los obligados pueden acudir al mecanismo de dividir lo que por ley o por sus pactos privados sea conjunto, ni para eventualmente quebrar artificiosamente las bases fácticas del hecho generador (por ejemplo, distribuyendo la capacidad de generación del parque térmico único acorde con porcentajes de participación de cada asociado en la comunidad) ni para cobrar varias veces, a través de diferentes sujetos tributarios, la misma transferencia.

6. FACULTADES OTORGADAS A LOS MUNICIPIOS DE AGUAZUL Y TAURAMENA

Los recurrentes no están de acuerdo con lo decidido en los ordinales quinto y sexto de la sentencia impugnada en cuanto se les conmina a los entes territoriales a volver a liquidar períodos que ya se debatieron o que se deben en otros procesos ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Con el propósito de establecer si en efecto lo aducido por los impugnantes en su escrito de alzada es lo que declaró el a quo en su decisión de instancia, se procede a transcribir textualmente el contenido de las determinaciones adoptadas en los citados ordinales, a saber:

***“QUINTO: ORDÉNESE** a los entes territoriales -Municipios de Aguazul y Tauramena, en cabeza de sus alcaldes-, que si pasado un (1) mes desde la promulgación de esta sentencia, si los sujetos pasivos de la obligación, - Bp. Exploration Company Limited hoy Equion Energía Limited, ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY y OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA-, no ha presentado las liquidaciones privadas del impuesto de Transferencia del Sector eléctrico y dispuesto su pago, correspondientes al período **junio de 2011 a la fecha de este fallo**, de forma inmediata proceda a hacer los requerimientos y/o la liquidación oficial y, de ser necesario, impongan las sanciones establecidas en los términos de ley (E.T.).*

SEXTO: ORDÉNESE a los representantes legales de los entes territoriales, que a partir de la fecha, si las empresas obligadas no presentan la liquidación privada, mes vencido, del impuesto de Transferencia del Sector eléctrico, en los términos de ley, procedan de forma inmediata a realizar los requerimientos y/o liquidación oficial, disponiendo lo pertinente para su cobro, con imposición de sanciones correspondientes." (Sic pata todo el texto).

De la simple lectura del texto se advierte que la orden impartida a los entes territoriales difiere de lo aducido por el apelante pues no se trata de que estos vuelvan a liquidar períodos ya debatidos en otros procesos adelantados ante la jurisdicción contenciosa administrativa o que ya fueron pagados, la orden es clara en señalar que si transcurrido un (1) mes después de proferido el fallo los sujetos pasivos del tributo no han presentado las liquidaciones privadas y sufragado el monto a su cargo durante el período comprendido de junio de 2011 a la fecha del fallo, aquellos deben entrar a efectuar los requerimientos de ley y a realizar la liquidación oficial, incluida la sanción que disponga el ordenamiento legal.

Los citados procedimientos se ajustan a las disposiciones legales vigentes contenidas en el Estatuto Tributario y en nada lesionan los derechos e intereses de las empresas autogeneradoras de energía, sin embargo, las órdenes contenidas en los citados numerales serán modificados así: en cuanto atañe a ECOPETROL S.A. en relación con el contrato de asociación de Santiago de las Atalayas I, en su condición de operador de sus asociadas del CPF Cupiagua y mandatario de OCENSA, como no ha demostrado el pago del tributo durante el período de junio de 2011 a la fecha de ejecutoria de esta providencia, se le impone presentar las liquidaciones individuales y comprobantes de pago en el plazo ya referido (1 mes).

Tampoco merece, por parte de esta Sala, reproche alguno la orden contenida en el ordinal sexto del fallo impugnado, por cuanto la contribución establecida en el artículo 45 de Ley 99 de 1993 es de tracto sucesivo, pues la obligación de seguir pagando el tributo se mantiene en el tiempo, en tanto las empresas continúen autogenerando energía para suplir sus propias necesidades y supere los 10.000 kilovatios como quedó determinado con el dictamen pericial (ff. 2084-2087 y 2088-2091), por tanto, a partir de la fecha de esta providencia si las empresas obligadas no presentan liquidación privada del impuesto de transferencia del sector eléctrico mes vencido y acreditan el pago del mismo a los municipios de Tauramanta y Aguazul, respectivamente, los representantes legales de los entes territoriales, quedan facultados en los términos que establece la ley, para que procedan a realizar los requerimientos necesarios y de no ser atendidos elaboren la liquidación oficial incluyendo las sanciones correspondientes, sin que para ello sea necesario adelantar nueva acción, en consecuencia lo dispuesto en los ordinales quinto y sexto del fallo se mantiene incólume sin perder de vista

que *TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY* son empresas asociadas y *OCENSA* la copropietaria de los equipos de autogeneración de energía para todos los efectos legales.

7. VIGENCIA DEL COMITÉ DE VERIFICACIÓN

Este reproche se sustenta en que el juez de conocimiento dentro de su fallo dispuso la integración de un “comité de verificación” para que rinda informes bimestrales sobre las actividades adelantadas para dar cabal cumplimiento a lo ordenado en la sentencia fundado en tres razones a saber:

- 1) Que en los términos de la sentencia el comité operará de manera indefinida porque la disposición del juzgado es liquidar mensualmente el tributo lo cual resulta una carga desproporcionada para el contribuyente.
- 2) Con ese criterio tendrían que haber tantos comités como contribuyentes existieran en Colombia para velar por el cumplimiento de las obligaciones tributarias y,
- 3) Sus representadas pagaron el importe de la transferencia por los períodos discutidos en distintos procesos y los generados a partir de junio de 2011 a la fecha en forma mensual, por lo que no lo considera necesario y por lo mismo no encuentra sentido a la orden de que se integre “comité de verificación”.

Conforme a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 dentro de la sentencia el juez *“podrá conformar un comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, en el cual participarán además del juez, las partes, la entidad pública encargada de velar por el derecho o interés colectivo, el Ministerio Público y una organización no gubernamental con actividades en el objeto del fallo”*.

Si bien la disposición es dispositiva y no imperativa para el operador judicial, lo cierto es que dentro del fallo impugnado el a quo en el ordinal décimo segundo dispuso:

“DÉCIMO SEGUNDO: COMITÉ DE VERIFICACIÓN. *Estará integrado por los alcaldes municipales de Aguazul y Tauramena, el Ministerio Público a través de su procurador delegado ante este despacho y un representante o delegado de las Empresas: B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION ENERGIA LIMITED), ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA y el titular de este Despacho; quien lo presidirá; quienes rendirán informes, bimestralmente, de las actividades adelantadas tendientes al cumplimiento cabal de lo ordenado, sin perjuicio que el despacho disponga, en término*

prematureo o diferente, informes o la práctica de inspección judicial para su verificación directa". (Sic para todo el texto).

Con ocasión de la solicitud de aclaración del fallo hecha por el apoderado de ECOPETROL en la que se cuestionó el período dentro del cual debía reunirse el comité de verificación, resuelta por el juez del conocimiento mediante providencia del 13 de marzo de 2013 (ff. 2720-2722), en torno a este aspecto señaló:

"SEGUNDO: ACLARAR la sentencia fechada 15 de febrero de 2013, emitida dentro del radicado en referencia, señalando que la conformación del comité de verificación y el término establecido para que presente los informes corresponde a lo establecido en el término DÉCIMO SEGUNDO de la parte resolutive y no de la motiva contenido en el numeral 3.7". (Sic para todo el texto).

Para desatar los cuestionamientos hechos contra el comité de verificación constituido por el a quo, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

- a. La decisión del juez tan solo atiende un mandato legal.
- b. La connotación social de los derechos colectivos amparados son de gran envergadura al igual que la naturaleza del tributo –transferencia del sector eléctrico– y su cuantía.
- c. La sustracción al pago del tributo en comento tiene repercusiones negativas de gran trascendencia para la población de los municipios de Tauramena y Aguazul, por cuanto dejan de invertirse esos dineros en obras de infraestructura, en servicios básicos, adecuaciones de edificios públicos, etc.

Atendiendo lo expuesto en los ítems anteriores, es manifiesta la necesidad de conformar un comité para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia, en consecuencia, conforme a este sustento la Sala mantendrá lo dispuesto en el artículo décimo segundo de la sentencia apelada, pero modificará la periodicidad de la presentación de los informes a su cargo, estableciéndolos de manera semestral hasta por dos años, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, lapso prudencial suficiente para que tanto los obligados privados como los municipios clarifiquen integralmente el estado de las obligaciones relativas a las transferencias objeto de litigio, establezcan los efectos de las decisiones judiciales ejecutoriadas que se han ocupado de las discusiones tributarias individualizadas por periodos o por responsables, acuerden o adopten las disposiciones necesarias para prever contingencias y dejar reservas con relación a los pleitos ordinarios que aún quedan por fallar definitivamente y, en lo que no está judicializado, la

Administración se ocupe de ejercer a cabalidad sus deberes de fiscalización y recaudo.

Una vez se culmine el último comité y verificado el total cumplimiento de la sentencia popular, el despacho que conozca de la acción ordenará su archivo, habida cuenta que como lo refiere el apoderado de EQUION ENERGIA LIMITED, hacerlo bimestralmente constituye una carga administrativa desproporcionada no solo para el contribuyente sino para todos los demás integrantes del comité incluido el juez.

Conclusión: En este orden de ideas, atendiendo los argumentos esgrimidos precedentemente, se precisan las modificaciones que se harán al fallo de primer grado, así:

- Ordinales no recurridos, no serán objeto de pronunciamiento específico, acorde con las limitaciones de la segunda instancia (congruencia entre la decisión de primer grado y las apelaciones);
- Ordinales 5º y 6º: se confirman. Se incluirá lo relativo a dejar a salvo los resultados de las actuaciones administrativas y procesos judiciales en curso, respecto de la determinación de obligaciones en concreto;
- Ordinal 7º: se confirma con la precisión de que los obligados son la ASOCIACIÓN, por conducto de su operadora, y OCENSA, sea directamente o a través de su mandataria, para el Campo Cusiana; y ECOPEPETROL, con sus asociadas, y OCENSA, para el Campo Cupiagua, a partir de la reversión del mismo;
- Ordinal 8º: se confirma, con la misma salvedad que precede;
- Ordinal 12º: se mantendrá el comité de verificación, con vigencia transitoria y ajuste de la periodicidad de sus informes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º **MODIFICAR** la sentencia de fecha 15 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Primero Administrativa del Circuito de Yopal, que amparó los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público así:

- 1.1 Confirmar los ordinales 5º y 6º, con la ADICIÓN para ambos de dejar a salvo la sentencia popular los resultados de las actuaciones administrativas y procesos judiciales en curso, respecto de la determinación de obligaciones tributarias en concreto tanto en lo POPULAR. TRANSFERENCIAS AUTOGENERADORES CUSIANA Y CUPIAGUA. Fallo

que atañe a los periodos objeto de discusión como a los sujetos obligados a declarar y pagar las transferencias de las que se ocupa este fallo, acorde con lo indicado en la motivación.

1.2 Confirmar el ordinal 7º, con la precisión de que los obligados a declarar y pagar las transferencias objeto de litigio lo son la ASOCIACIÓN, por conducto de su operadora, antes B.P. EXPLORATION COMPANY, posteriormente EQUION ENERGIA LTD. o quien haga sus veces, conforme a las novedades documentadas en el proceso y reseñadas en los fallos de las dos instancias; y OCENSA, sea directamente o a través de su mandataria, para los Campos Cusiana y Cupiagua, hasta la reversión del segundo a ECOPETROL. Y a partir de la reversión del Campo Cupiagua, a cargo de ECOPETROL con sus asociadas, y de OCENSA, según lo indicado en dichas motivaciones.

1.3 MODIFICAR el ordinal décimo segundo de la sentencia, el cual quedará así:

“COMITÉ DE VERIFICACIÓN. Estará integrado por los alcaldes municipales de Aguazul y Tauramena, el Ministerio Público a través de su procurador delegado ante este despacho y un representante o delegado de las empresas: B.P. EXPLORATION COMPANY (hoy EQUION ENERGIA LIMITED), ECOPETROL S.A., TEPMA, B.P. SANTIAGO OIL COMPANY, OCENSA y el titular de este despacho quien lo presidirá; quienes quedan comprometidos a presentar informes semestrales de las actividades adelantadas para el cabal cumplimiento de lo ordenado en este fallo, sin perjuicio que de ameritarlo circunstancias especiales, el juez disponga hacerlo en un término diferente al señalado u ordene la práctica de inspección judicial para su verificación directa.

La presentación de los informes establecidos de manera semestral se hará hasta por dos años, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, lapso dentro del cual deberán cumplirse en su totalidad los mandatos del fallo popular, conforme se advierte en la motivación de segunda instancia”.

2º CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, en lo que fue objeto de apelación y estudio en la alzada.

3º ORDENAR a la Secretaría que remita copia de la demanda, del auto admisorio, del fallo de primera, del auto que resolvió sobre su POPULAR. TRANSFERENCIAS AUTOGENERADORES CUSIANA Y CUPIAGUA. Fallo

aclaración, del de segundo grado a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, relacionados con el registro público centralizado de acciones populares y acciones de grupo.

4° **ORDENAR** remitir copia de los fallos de primera y segunda instancia a las entidades accionadas y condenadas, con el fin de que le den cumplimiento a lo ordenado por la jurisdicción.

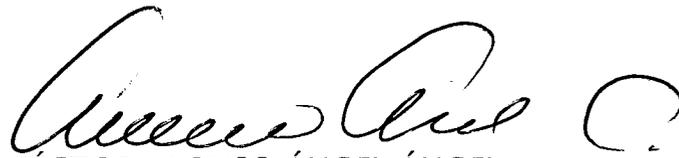
5° **ORDENAR** que el expediente se mantenga en Secretaría por el término y para los efectos previstos en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Si se solicitare la revisión.

6° Si no se interpusiere acción de revisión, por Secretaría déjese copia del fallo para el archivo institucional y devuélvase el proceso al despacho de origen. Déjense las constancias de rigor.

(Aprobado en Sala de la fecha, acta . Proceso popular Jairo Barón Vs. ECOPETROL y otros; transferencias autogeneradores Campos Cusiana y Cupiagua, fallo segunda instancia, radicación 2008-00248-03. Hoja de firmas 34 de 34)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Magistrado

Ausente con permiso
JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado



NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado