

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN ORAL DE DESCONGESTIÓN No.1 B
DESPACHO MIXTO DE DESCONGESTIÓN No. 704
MAGISTRADO PONENTE DR. CÉSAR HUMBERTO SIERRA PEÑA

Tunja, 18 SEP 2015

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUTA
RADICACIÓN: 150013333004201300076-02
ASUNTO: TRIBUTARIO - IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO
– TRANSMISIÓN Y CONEXIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Se encuentra el proceso de la referencia al Despacho, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primer grado proferida el 08 de octubre de 2014 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA

1. PRETENSIONES:

La Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., por intermedio de apoderado judicial promueve el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Municipio de Tuta, pretendiendo la nulidad de la Resolución No. 2012-101 de 15 de noviembre de 2012, por medio de la cual se profiere una liquidación de revisión, proferida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Tuta.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

A título de restablecimiento del derecho de la demandante se declare la firmeza de la declaración privada de autoretencciones del impuesto de Industria y Comercio para el 4 bimestre de 2009 presentada, y se declare que se encuentra a paz y salvo por concepto del mencionado tributo.

2. HECHOS:

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

2.1 Mediante formulario R - 0484 de 21 de diciembre de 2009, la EBSA presentó declaración bimestral de retenciones y autoretencciones del Impuesto de Industria y Comercio en el Municipio de Tuta, por el cuarto (4) bimestre del año gravable de 2009, anunciando una base tributaria por la actividad de distribución de energía eléctrica por la suma de \$141.637.000 pesos; liquidando: i) una autoretención del Impuesto de Industria y Comercio por valor de \$1.414.000, ii) una sanción por valor de \$283.000; iii) intereses de mora por un monto de \$104.000.

2.2 La Secretaría de Hacienda del Municipio de Tuta, a través de Resolución No. 2010-014 de 27 de enero de 2010, profirió emplazamiento con la finalidad que la EBSA corrigiera la declaración de retenciones y autoretencciones del Impuesto de Industria y Comercio correspondiente al 4 bimestre de 2009, con el argumentando de que los ingresos declarados por la contribuyente no corresponden a la realidad, pues de acuerdo a las facturas de venta expedidas por ISAGEN S.A. E.S.P. a la empresa DIACO, correspondiente a los meses de julio y agosto de 2009, se discrimina el concepto de distribución al agente EBSA, constatando que se causó un ingreso adicional a favor esta, por la prestación del servicio de transmisión en el Municipio de Paipa, el cual se encuentra gravado con el impuesto de industria y comercio.

2.3 Mediante Resolución No. 2012-004 de 5 de marzo de 2012, la Secretaría de Hacienda profirió requerimiento especial para corregir la declaración de retenciones y autoretencciones del impuesto de industria y comercio correspondiente al 4º bimestre de 2009, argumentando que desde

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

su punto de vista, existen ingresos de EBSA no declarados en la autodeclaración de impuesto de industria y comercio correspondiente al 4º bimestre de 2009, por concepto de prestación del servicio de transmisión-distribución, ordenando se corrija la declaración.

2.4 Consideró que no se encuentra obligada a declarar y pagar en el Municipio de Tuta en su condición de transmisor, pues allí no se encuentra ubicada ninguna estación o subestación de transmisión de propiedad de EBSA, razón por la cual no existe una sujeción pasiva de la actora sobre los ingresos que DIACO reporta a ISAGEN.

2.5 Relató que las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG establecen qué es el Sistema de Transmisión Regional y quien debe liquidar, facturar y recaudar los ingresos obtenidos por el sistema de transmisión, en ese sentido la EBSA no percibe ingresos por concepto del Sistema de Transmisión Regional de clientes o comercializadores ubicados en el Municipio de Tuta.

2.6 Finalmente mediante Resolución No. 2012-101 de 15 de noviembre de 2012, el Municipio de Tuta profirió Liquidación Oficial de Revisión, modificando la base de retención de \$141.367.000 a \$739.845.516, lo anterior como quiera que incluyó dentro de la base gravable el servicio de transmisión que lo denominó "transmisión y distribución de energía eléctrica" por valor de 598.478.516, resultando un valor a pagar de \$18.937.000.

2.7 Adujo que tributó en el Municipio de Paipa, por concepto de impuesto de industria y comercio por la actividad de transmisión, por tener en ese Municipio una subestación que si es propiedad de EBSA, situación que es diferente a lo que ocurre en el Municipio de Tuta, dado que allá no hay subestaciones de energía de propiedad de la accionante.

TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el 20 de marzo de 2013 (fl. 32), por auto del 5 de abril de 2013 el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

Tunja admitió la demanda en primera instancia (fls. 163-166) y surtida la notificación de la misma, la entidad demandada ejerció oportunamente, su derecho a la defensa (fl. 328-347).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de Tuta:

Se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que se encuentra configurada la prescripción, toda vez que el derecho de petición fue interpuesto hasta el año 2013.

Indicó que la demandante acepta ser contribuyente por la actividad de distribución y como transmisor en los municipios donde posee subestaciones; sin embargo no reconoce tener subestaciones en el Municipio de Tuta razón por la cual se reusa a tributar por la actividad de transmisión de energía en esa jurisdicción.

Advirtió que la EBSA llevó a cabo tanto el servicio público domiciliario de energía eléctrica, derivado del suministro domiciliario de energía, la conexión y medición a los usuarios finales residenciales y no residenciales de la jurisdicción como la actividad de transmisión de energía, derivada del transporte de energía por las redes de transmisión hasta la subestación de la empresa DIACO S.A., ubicada en esa localidad, razón por la cual debió incluir sus actividades dentro de la declaración del impuesto de industria y comercio.

Expresó que de conformidad con lo señalado en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997, en la liquidación oficial la causación del impuesto no está atada a la propiedad de la subestación sino a su ubicación; agregó que aunque el contribuyente alega que el impuesto por la actividad de transmisión de energía suministrada a DIACO S.A. la declaró y pagó en el Municipio de Paipa, para determinar la base gravable del impuesto de industria y comercio por la actividad de transmisión y distribución de energía, se tienen en cuenta los ingresos en los municipios en donde se encuentra ubicada la subestación, y aun si la EBSA poseía otras subestaciones en el Municipio de Paipa, no es allí donde percibe los ingresos cuya tributación persigue el Municipio de Tuta,

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

puesto que la venta de energía a DIACO S.A. ocurrió en jurisdicción de este municipio.

Transcribió el artículo 1º del Decreto 3734 de 2003 para señalar que DIACO S.A. no es un operador de red, a pesar de ser propietaria de las subestaciones eléctricas ubicadas en Tuta, siendo claro que el operador de red de área local a todas luces es la EBSA.

Indicó que la Ley autoriza a prestar el servicio de transmisión y conexión con equipos y redes que no sean de propiedad de los operadores de red, en caso contrario, se entendería que la actividad de transmisión se encuentra excluida del impuesto cuando se realice a través de subestaciones que no sean de propiedad del operador de red. Agregó que la transmisión de energía se encuentra legalmente gravada y que el impuesto recae sobre el agente que desarrolla la actividad, no sobre el propietario de la estación, aunque en la mayoría de los casos sea el mismo.

En su sentir la causación del impuesto de industria y comercio en la actividad de transmisión y conexión de energía no pudo haber ocurrido en el Municipio de Paipa porque allí no se verificó la venta de la energía, es decir porque no hay ingresos provenientes de DIACO S.A. en esa jurisdicción sobre los cuales imponer tributo, sino que tales ingresos tuvieron origen en el Municipio de Tuta y en consecuencia es a éste Municipio al que le corresponde la territorialidad del tributo, todo ello aunado al hecho de resultar irrelevante la propiedad de la subestación de la planta de DIACO porque lo gravado no es la propiedad sino la actividad.

Formulo la excepción denominada *"inepta demanda por falta de requisitos de procedibilidad"*.

Por auto del 28 de agosto de 2013, se tuvo por contestada la demanda y se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial (fl. 572-574).

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

AUDIENCIA INICIAL

El 31 de octubre de 2013 el Juzgado de origen adelantó la audiencia inicial, en la que verificó el saneamiento del proceso y resolvió declarar no prospera la excepción de “Inepta demanda por falta de requisitos de procedibilidad” aduciendo que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se cambió la premisa normativa con la cual se definía el acto administrativo que debía ser demandado, buscando evitar la ocurrencia de fallos inhibitorios por que los administrados olvidaban demandar aquellos actos que en vía gubernativa resolvían recursos frente al acto principal.

Una vez se corrió traslado de la anterior decisión al municipio de Tuta, su apoderado presento recurso de apelación (Mto 17:25 - 24:37), indicando que no aceptaba el argumento esgrimido por la Juez de conocimiento, dado que la norma invocada por el Despacho es de carácter general, pero por tratarse de un asunto tributario debía aplicarse el Estatuto Tributario.

Alegó que el Consejo de Estado de manera reiterada y con posterioridad a la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha señalado la prevalencia del artículo 720 del Estatuto Tributario sobre la Ley 1437 de 2011; descendiendo al caso objeto de estudio indicó que el hecho de interponer el recurso de reconsideración y que el mismo haya sido rechazado por extemporáneo impide acudir directamente ante la jurisdicción por que la norma hace referencia a que se debe prescindir del recurso de reconsideración para acudir directamente *per saltum*

En virtud de lo anterior, se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo ante esta Corporación. Mediante auto de 27 de marzo de 2014, el Magistrado Luis Ernesto Arciniegas Triana rechazó por improcedente el recurso interpuesto y ordenó a la Juez Cuarta Administrativa Oral del Circuito de Tunja resolver el recurso a título de reposición (fl. 602-603).

El 26 de mayo de 2014 el *a quo* reanudo la audiencia inicial, una vez se corrió traslado a las partes, se pronunció respecto al recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte accionada señalando que no le asiste

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

razón al recurrente, dado que las reflexiones deprecadas por el apoderado del Ente Territorial se refieren al anterior tratamiento que el Procedimiento Contencioso daba al asunto del agotamiento de la vía gubernativa, pues con anterioridad se debía demandar tanto el acto principal como aquellos que en vía gubernativa resolvían las objeciones, contexto bajo el cual fueron expedidos los pronunciamientos invocados por el apoderado recurrente; sin embargo con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se dan por acusados los actos que resuelven recursos en contra de la decisión principal (fl. 623-624).

Tramitado lo anterior, el *A quo* terminó de desarrollar las demás etapas previstas en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

AUDIENCIA DE PRUEBAS

Se surtió el 10 de julio de 2014 (fls. 652-654).

ALEGATOS

Celebrada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, (f. 653), el despacho consideró innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento y dispuso que los apoderados presentaran sus alegatos de forma escrita, quienes en provecho de dicho término, se pronunciaron así:

Parte demandante (fl. 657-659) señaló que se encuentra probado que la EBSA no opera la subestación de propiedad de DIACO (Sideboyacá) en Tuta, conforme al oficio expedido por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y dirigido al secretario de hacienda del Municipio de Tuta, en donde se consignó:

“...Finalmente, en atención a la solicitud efectuada por la EBSA, se informa que las subestaciones Sideboyacá (Diaco), Cementos Argos, Cementos Boyacá, Belencito, Vasconia, Bavaria y Horansa no son operados por EBSA...”

Entidad demandada (fl. 660-675): Indicó que los elementos esenciales del tributo de industria y comercio en el caso de las actividades de transmisión y

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

conexión de energía son: i) sujeto activo: Municipio donde se encuentre ubicada la estación; ii) sujeto pasivo: contribuyente que realice o lleve a cabo la actividad gravada en la jurisdicción del Municipio; iii) base gravable: es el valor de los ingresos medios obtenidos en el Municipio; iv) hecho generador: es la realización de la actividad gravada en la jurisdicción. Expresó que la propiedad no es uno de los elementos esenciales del tributo, dado que el impuesto de industria y comercio grava la actividad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante providencia del 8 de octubre de 2014 (fls.676-726), falló:

***“PRIMERO:** Se niegan las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte vencida, liquídense por Secretaría y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.*

***TERCERO:** Fíjense como agencias en derecho la suma de \$189.370, en favor de la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia...”*

Frente al caso concreto indicó que de acuerdo con los estatutos de constitución de la EBSA y su objeto social, la misma desarrolla actividades de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica domiciliaria, pudiendo desarrollar las actividades complementarias de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, tal como consta en el certificado de existencia y representación.

Explicó que la Entidad accionada no desconoció el régimen especial impositivo de la actividad de servicios públicos, basta observar la liquidación de revisión del tributo, Resolución No. 2012-101, donde se invocó el artículo 51 de la ley 383 de 1997.

Indicó que teniendo en cuenta los hallazgos de la investigación tributaria, “(...) la actividad desarrollada por EBSA en el Municipio de Tuta no sólo es la distribución domiciliaria de energía eléctrica, sino que presta servicios de

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

distribución, de acuerdo con las facturas que en los meses de julio y agosto de 2009 expidió ISAGEM S.A. a DIACO S.A...” (fl. 715), donde se discriminó el concepto de “distribución” para la EBSA.

Determinó que EBSA percibe ingresos por cargos de conexión de DIACO que no son liquidados ni actualizados por LAC, circunstancia que se refleja en el contrato de conexión suscrito por DIACO donde se anota que le corresponde como cargo de conexión, servicio que se adecua a la definición de hecho tributario señalado en el numeral segundo del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, ítem sobre el cual no demostró haber tributado, pues solo lo hizo por la actividad de distribución domiciliaria de energía eléctrica.

En cuanto al cargo por violación de los elementos esenciales del hecho generador y territorialidad del impuesto de industria y comercio manifestó que el tributo está determinado no por la propiedad sino por la actividad; por lo que la ubicación de las subestaciones son un indicador de la territorialidad del tributo, más no el hecho generador del mismo, por lo que la propiedad no es el elemento determinante de la sujeción pasiva del tributo.

Respecto a la doble tributación destacó que la subestación que resulta determinante para la territorialidad del impuesto es aquella donde se realiza la actividad y no otra subestación intermedia como la de Paipa, por lo que es imperioso concluir que los ingresos que obtuvo la EBSA se originaron en el Municipio de Tuta.

Luego de Transcribir los artículo 236 del Acuerdo Municipal de Tuta No. 39 de 27 de noviembre de 2002 y 647 del Estatuto Tributario para señalar que hay lugar a imponer la sanción por no enviar la información correcta cuando las personas están obligadas a suministrarla, de tal manera que el hecho sancionable previsto en la Ley para el presente caso fue la de omitir las actuaciones susceptibles de gravamen como lo es la actividad de transmisión de energía.

Relató que la autoridad municipal hizo un requerimiento especial a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. mediante Resolución No. 2012-

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

004 de 5 de marzo de 2012 donde aclara que la EBSA si percibe ingresos por conceptos de transmisión de energía eléctrica en el Municipio de Tuta, explicándosele al contribuyente los puntos que debe corregir, dentro de los que se encuentra: a) base gravable: autoretención del impuesto de industria y comercio, sanción por extemporaneidad; d) intereses de mora; total a pagar; finalmente hace las advertencias sobre la sanción por inexactitud y corrección de sanciones. En ese sentido, advirtió que la declaración privada, no declaró la base gravable de la actividad de transmisión y conexión de energía, luego existió la omisión de ingresos circunstancia que acarrea la imposición de la sanción de inexactitud.

En cuanto a la improcedencia de la sanción por inexactitud alegada por la contribuyente, encontró que la solicitud de levantamiento de la mencionada sanción no fue elevada en el *petitum* de la demanda siquiera en forma subsidiaria, razón por la cual no fue objeto de pronunciamiento del Juzgado.

En cuanto al cargo de violación del artículo 779 del Estatuto Tributario, consideró que la administración unilateralmente puede ordenar la práctica de una inspección tributaria cuyo objeto es la verificación de hechos que interesen a la administración tributaria, una vez notificado el contribuyente, puede darse inicio a la inspección de la cual se levanta un acta que deberá ser suscrita por los funcionarios. Agregó que en el *sub lite* fue procedente el requerimiento especial hecho a través de la Resolución No. 2012-004, razón por la cual no era necesario dar un traslado del acta, dado que la norma no establece la obligación de hacerlo.

Concluyó que la intención del legislador al habilitar a las empresas de servicios públicos para que desarrollen diferentes actividades y que lleven contabilidad separadas por cada una de ellas, fue la de crear independencia no solo al interior sino al exterior de la empresa, pues a pesar de ser un solo ente económico como ocurre con la EBSA, frente a cada una de las actividades se somete a condiciones legales propias del servicio de la actividad individualmente considerada.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, inconforme propuso los siguientes motivos de inconformidad (fls.733-738):

- ***“Inadecuada interpretación, desconocimiento y no aplicación de las Resoluciones 097 de 2008 y 120 de 2009 proferidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, Resoluciones 097 de 2008 metodología de cálculo, 120 de 2009 aprobación de cargos y activos”.***

En ese sentido indicó que la CREG estableció la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local, fijando en ella las tarifas por el acceso y uso de redes eléctricas, así como el procedimiento para hacer efectivo su pago.

En su sentir el a quo planteo un problema jurídico desconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, expediente 16921, ya que el mismo establece un requisito adicional que para ser sujeto pasivo del ICA por concepto de transmisión, es requisito indispensable realizar la AOM (administrar, operar/ manejar y realizar el respectivo mantenimiento a un activo) a la subestación DIACO Tuta, pues de ser así el OR (operador de red) EBSA percibiría ingresos por esa subestación.

- ***“Error e indebida interpretación y aplicación de la Ley 383 de 1997 artículo 51 y error en la aplicación e interpretación de la Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la transmisión y distribución de energía eléctrica”.*** En su sentir, la postura del Consejo de Estado adoptada en sentencia proferida en el expediente (16924), al analizar un caso análogo surge de la debida interpretación de la Ley 383 de 1997, análisis omitido por el a quo. En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado con el escrito de 17 de agosto de 2012 suscrito por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y Oficio de la Comisión de Regulación de Energía y Gas de 13 de agosto de 2013 que la EBSA no opera, administra, ni hace mantenimiento a la Subestación DIACO Tuta, motivo por el cual no puede ser sujeto pasivo de ICA por concepto de transmisión.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

El Juez de conocimiento argumentó que como existe el contrato de conexión al STN No. 2008-100 de 15 de agosto de 2008 suscrito entre la EBSA y DIACO, está probado que la Empresa de Energía de Boyacá percibió ingresos por concepto de conexión y transmisión en el Municipio de Tuta, pero dejó de lado que se encuentra demostrado que la accionante tributa en Paipa por ese concepto, pues es el Municipio de Paipa donde existe físicamente la conexión al STN, teniendo en cuenta que el STN lo conforman las líneas y subestaciones de voltajes superiores o iguales a 230 kilovoltios.

- ***“Violación del derecho de defensa por no valoración del material probatorio que reposa en el expediente”***. Alega que existió falta de valoración del material probatorio que reposa en el expediente, pues a pesar de haber enunciado los oficios suscritos por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. y la CREG, los mismos no fueron analizados a la luz del artículo 51 de la Ley 383 de 1997.
- ***“Diferencias entre la base gravable tomada por EBSA para su declaración de industria y comercio y las cifras reflejadas en el SUI”***. Adujo que el *a quo* se equivocó al permitir que la administración tome como referente la información reportada en el SUI, pues esta no es una herramienta de carácter fiscal que permita determinar bases gravables y mucho menos los ingresos declarados por los contribuyentes.
- ***“Fijación de costas”*** Finalmente, manifestó que de manera injustificada el *a quo* determinó fijar como costas procesales la suma de \$189.370 con cargo a la demandante, olvidando que el artículo 365 del Código General del Proceso, dispuso que *“solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*; por lo anterior, al no existir dentro del expediente prueba de causación se debe revocar la condena.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El conocimiento del proceso le correspondió al Despacho del Magistrado Luis Ernesto Arciniegas Triana (fl.746), quien por auto del 9 de abril de 2015

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

admitió el recurso de apelación (fl.748). No obstante y en virtud de la competencia para tramitar procesos en oralidad determinada a partir del Acuerdo PSAA15-10335 del 29 de abril de 2015, el proceso fue repartido a este Despacho mediante auto de 11 de mayo de 2015 (fl. 751).

A través de proveído del 19 de junio de 2015 se avocó su conocimiento (fl. 754 y Vto.) y mediante auto de 31 de julio de 2015, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó a las partes presentar sus alegatos por escrito (fl. 760 y Vto.), término en el cual las partes presentaron escrito en los siguientes términos:

Empresa de Energía de Boyacá (fl. 766-768): reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Municipio de Tuta (fl.769-776): Advirtió que la sentencia de primera instancia no desconoció la Ley 383 de 1997 ni la Ley 142 de 1994, como pretende hacerlo ver la parte actora; por el contrario se dio aplicación estricta a su texto, reconociendo que el Municipio aplicó el marco jurídico superior otorgándole validez a sus actuaciones, por consiguiente la base gravable declarada por la EBSA en la declaración de autoretención para el 4º bimestre de 2009 no era correcta, resultando procedente su corrección por vía de revisión.

El Agente del Ministerio Público no realizó pronunciamiento alguno.

El proceso ingresó para emitir sentencia de segunda instancia (fl. 777).

No observando causal que invalide lo actuado, entra la Sala a decir el fondo del asunto, por lo que se decide, previas estas,

II CONSIDERACIONES

La Sala procede a proferir sentencia de segunda instancia, con fundamento en las siguientes cuestiones relativas a: 1) Competencia, 2) Problema Jurídico, 3) Marco normativo y jurisprudencial; 3.1) De la normatividad y el impuesto de industria y comercio; 3.2) De la naturaleza y actividades de la entidad demandante frente al impuesto; 4) Caso concreto, 4.1) De lo probado en el proceso; 4.2) Análisis de la Sala; 5) Costas y agencias en derecho.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

1. COMPETENCIA:

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

¿Determinar si la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por las actividades de transmisión y conexión de energía eléctrica en el Municipio de Tuta por el cuarto (4º) bimestre del año 2009?

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

3.1. De la normatividad y el impuesto de industria y comercio.

El Impuesto de Industria y Comercio tiene su origen en la Ley 97 de 1913¹, Ley 84 de 1915², Ley 14 de 1983³ y Ley 56 de 1981⁴, de las cuales se hará mención más adelante. Constitucionalmente, el artículo 287 precisó:

“ART. 287.- Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

(...)

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.” (Subrayado fuera del texto).

Esta facultad de establecer impuestos por parte de las entidades territoriales, se enmarca dentro de las correspondientes disposiciones constitucionales y legales, para el caso de los municipios se prescribe:

“Art. 313. Corresponde a los Concejos:

(...)

¹ “Que da autorizaciones especiales a ciertos Concejos Municipales”.

² “Por la cual se reforman y adicionan las Leyes 4 y 97 de 1913”.

³ “Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica, y acueductos, sistemas de regadío y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras”.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”

“ART. 362.-Los bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

Los impuestos departamentales y municipales gozan de protección constitucional y en consecuencia la ley no podrá trasladarlos a la Nación, salvo temporalmente en caso de guerra exterior”

“Art. 365.- Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (...)

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...”

“ART. 367.-La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”.

La Ley 142 de 1994⁵, reguló lo relacionado con la prestación de los servicios públicos domiciliarios así:

“Artículo 1°. Ámbito de aplicación de la ley. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.

(...)

Artículo 5. Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

5.1. Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente.

⁵ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.

5.2. Asegurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio.

(...)

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.25. Servicio público domiciliario de energía eléctrica. Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.

(...)

Artículo 24. Régimen Tributario. Todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, pero se observarán estas reglas especiales:

24.1. Los departamentos y los municipios no podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales". (Subrayado fuera del texto).

Por su parte la Ley 383 de 1997⁶ estableció:

"ARTICULO 51. Para efectos del artículo 24-1 de la Ley 142 de 1994, el impuesto de industria y comercio en la prestación de los servicios públicos domiciliarios se causa en el municipio en donde se preste el servicio al usuario final sobre el valor promedio mensual facturado.

En los casos que a continuación se indica, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. La generación de energía eléctrica continuará gravada de acuerdo con lo previsto en el artículo 7º de la Ley 56 de 1981.

2. En las actividades de transmisión y conexión de energía eléctrica, el impuesto se causa en el municipio en donde se encuentre ubicada la subestación y, en la de transporte de gas combustible, en puerta de ciudad. En ambos casos, sobre los ingresos promedios obtenidos en dicho municipio.

3. En la compraventa de energía eléctrica realizada por empresas no generadoras y cuyos destinatarios no sean usuarios finales, el impuesto se causa en el municipio que corresponda al domicilio del vendedor, sobre el valor promedio mensual facturado.

Parágrafo 1º. En ningún caso los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios públicos aquí mencionados, se gravaran más de una vez por la misma actividad.

⁶ "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones".

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

Parágrafo 2º. Cuando el impuesto de industria y comercio causado por la prestación de los servicios públicos domiciliarios a que se refiere este artículo, se determine anualmente, se tomará el total de los ingresos mensuales promedio obtenidos en el año correspondiente. Para la determinación del impuesto por periodos inferiores a un año, se tomara el valor mensual promedio del respectivo periodo.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Ahora bien, en la Ley 56 de 1981, el legislador consagró de forma especial el impuesto de industria y comercio por la generación de energía eléctrica de la siguiente forma:

“ARTICULO 1º.-Las relaciones que surjan entre las entidades propietarias de las obras públicas que se construyan para generación y transmisión de energía eléctrica, acueductos, riegos y regulación de ríos y caudales y los municipios afectados por ellas, así como las compensaciones y beneficios que se originen por esas relaciones, se regirán por la presente ley.

(...)

ARTICULO 7º.-Las entidades propietarias, pagarán a los municipios los impuestos, tasas, gravámenes o contribuciones de carácter municipal diferentes del impuesto predial, únicamente a partir del momento en que las obras entren en operación o funcionamiento y dentro de las siguientes limitaciones:

- a) Las entidades propietarias de obras para generación de energía eléctrica, podrán ser gravadas con el impuesto de industria y comercio, limitada a cinco pesos (\$5.00) anuales por cada kilovatio instalado en la respectiva central generadora”. (Subrayado fuera del texto).*

A su turno, la Ley 14 de 1983, determinó:

“Artículo 32º.-El Impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

(...)

Artículo 37º.- El impuesto de avisos y tableros, autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, se liquidará y cobrará en adelante a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales”. (Subrayado fuera del texto).

En concordancia con lo anterior, la Ley 49 de 1990⁷ señaló que el impuesto se causa en el municipio donde esté ubicado el centro industrial, donde esté

⁷ “Por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones”.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

montada la fábrica, no importa que luego la producción de la fábrica sea comercializada en otros municipios:

“ARTICULO 77. Impuesto de industria y comercio. Para el pago del impuesto de industria y comercio sobre las actividades industriales, el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción”. (Subrayado fuera del texto).

Como se había expresado, la Constitución Política funda el sistema tributario en los principios de equidad, eficiencia y progresividad, a la vez que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley tributaria (art. 363), de esta manera el régimen legal del impuesto de industria y comercio y de avisos y tableros, establece que les corresponde a las autoridades locales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley, efectuar no sólo la imposición sino el recaudo del mismo.

La Ley 14 de 1983 *“Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”*, fijó algunos criterios para que las entidades territoriales, particularmente los municipios establezcan las excepciones pertinentes, es decir, señalando en cuales casos o respecto de cuales entidades no se causa la obligación tributaria.

Respecto a los presupuestos legales de causación del impuesto, dispone el artículo 32 de la Ley 14 de 1983:

“El impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales y jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos”.

Conforme a este precepto, la realización de actividades gravables por parte de cualquiera de los sujetos pasivos del impuesto, hace nacer la obligación fiscal a favor del municipio, siempre y cuando que el Concejo Municipal haya expedido el régimen tributario correspondiente.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

De esta manera la Jurisprudencia⁸ ha sostenido:

“En efecto, dicho artículo se limita a señalar de manera general cuál es el hecho gravado con el impuesto de industria y comercio (actividades industriales, comerciales y de servicio), y el factor territorial que determina cuál es el municipio llamado a percibirlo (realización de tales actividades en la jurisdicción municipal respectiva). Al proceder de esta manera, el legislador deja un amplio margen de libertad a los concejos municipales para adoptar o no el tributo dentro de sus territorios, así como para determinar de manera específica aquellas actividades que caen bajo la descripción genérica del hecho gravado que hace el legislador, pudiendo también reglamentar el recaudo, fiscalización, control y ejecución del tributo. Así, la norma concilia de manera adecuada los principios de unidad y de autonomía en materia de facultades impositivas, por lo cual la Corte descarta que dichos principios hayan sido vulnerados por el legislador.

En cuanto a la base gravable la ley establece para la liquidación del impuesto, el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior expresado en moneda nacional, y obtenido por las personas o sociedades de hecho referidas, con exclusión de algunos ingresos” (Subrayado fuera del texto).

Sobre la interpretación de estas disposiciones ha expresado la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, lo siguiente:

“El impuesto de industria y comercio según lo dispuesto por los artículos 32 y 39 de la Ley 14 de 1983, está previsto para la actividad de servicios y aunque estos sean prestados por entidades públicas como las empresas estatales, o por sociedades de economía mixta, ni se prevé exoneración alguna aunque todas ellas deben asumir costos y gastos y generalmente no pueden imponer tarifas o precios distintos a los regulados por disposiciones legales...”⁹

Así mismo, el Decreto Ley 1333 de 1986, por el cual se expidió el Código de Régimen Municipal, en el Título X, Capítulo II, regula lo concerniente al impuesto de Industria y Comercio, Avisos y Tableros. El artículo 195 lo enuncia así:

“El impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos”.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-121/06. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Consejo de Estado. Sentencia de 9 de junio de 1995. Radicación 424-CE-SEC4-EXP1995-N5667. Magistrada Ponente: Consuelo Sarria Olcos.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

De otra parte, conforme con la Ley 142 de 1994, artículo 14 numeral 25, los servicios públicos *“son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley”*. En el artículo 14 numeral 21 ibídem se señalan cuáles son los servicios públicos y dentro de ellos se encuentra el de energía. La misma Ley 142 de 1994 define en el artículo 18, a la empresa de servicios públicos como aquella que *“tiene como objeto la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realiza una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. (...)”*

Según la citada ley, el servicio público domiciliario de energía eléctrica se define como ***“el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida la conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión”***.

En cuanto a la actividad de prestación de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 al regular el régimen tributario de las entidades prestadoras de servicios públicos, ordena que tales entidades estén sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, observando algunas reglas especiales.

El Consejo de Estado, en reiterada Jurisprudencia¹⁰ ha determinado:

“En cuanto al régimen tributario, el artículo 24 de la Ley 142 de 1994, dispone que todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales y fija para el caso del impuesto de industria y comercio. Como se advierte, el artículo 51 de la Ley 383 de 1997, contiene las reglas que deben ser aplicadas a cada una de las diferentes actividades o servicios que puede desarrollar una empresa de servicios públicos, por ello hace referencia, en su inciso primero, al servicio público domiciliario como tal y, en los numerales, a las actividades complementarias de generación, comercialización y de transmisión y conexión que, como se vio, deben ser tratadas independientemente por la empresa. Precisamente, de acuerdo con la regulación propia de las empresas de

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación número: 15001-23-31-000-2003-00624-01(17930) 14 de abril 2011. Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Demandado: Municipio de Tuta. / Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02145-01(18352). Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Demandado: Municipio de Tuta.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

*servicios públicos, el artículo 51 de la Ley 383 de 1997, para efectos del impuesto de industria y comercio, prevé unas reglas especiales para la causación, sujeto activo y base gravable de cada una de esas actividades y que **para el caso de la prestación de los servicios públicos domiciliarios se causa (i) en donde se preste el servicio al usuario final y (ii) sobre el valor promedio mensual facturado.***

De los diferentes artículos de la Ley 143 de 1994, se determinan las distintas fases que comprende la prestación del servicio público domiciliario de energía, máxime cuando, según la Resolución 42 de 1999 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG, el servicio público de electricidad o de energía eléctrica "comprende las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 143 de 1994 y el numeral 14.25 de la Ley 142 de 1994". La Resolución 42 de 1999 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG define al generador como la "persona natural o jurídica que produce energía eléctrica y tiene por lo menos una planta y o unidad de generación conectada al Sistema Interconectado Nacional, bien sea que desarrolle esa actividad en forma exclusiva o en forma combinada con otra u otras actividades del sector eléctrico, cualquiera de ellas sea la actividad principal. Por lo tanto, la generación de energía comprende, además, las líneas de conexión, como infraestructura necesaria para llevar la energía a las redes de interconexión y transmisión.

...el hecho de que EEPPM genere energía constituye una actividad complementaria e independiente a la de prestar el servicio público domiciliario de energía y, en tales condiciones, como se explicó, los efectos tributarios de cada una se someten a reglas diferentes, máxime cuando existe una regulación especial frente al impuesto de industria y comercio en este tipo de empresas, como es la señalada en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997(Negrilla y subrayado fuera del texto).

La regla contenida en el numeral 1° del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, es especial y exclusiva para la actividad de generación de energía eléctrica; cuando señala que "continuará gravada" sólo indica la forma en que se debe gravar esa actividad específica, sin que ello implique que el servicio público domiciliario y las demás actividades complementarias no lo estén. Ello se confirma con el hecho que la propia norma regule el tributo para el servicio público domiciliario (inciso 1°), la actividad de transmisión y conexión (numeral 2°) y la compraventa (numeral 3°). En consecuencia, al tratarse de un servicio público domiciliario -energía- y una actividad -generación-, que cuentan con un marco normativo propio, no puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, dado que ésta consagra una regla de territorialidad del impuesto de industria y comercio para la **actividad industrial**, de acuerdo con la base gravable general de la Ley 14 de 1983,

esto es, sobre los ingresos brutos. Pero cuando se trata de la actividad de generación de energía eléctrica realizada por propietarios de obras para la generación de energía eléctrica, la base gravable está constituida por la capacidad de generación expresada en kilovatios y no por los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, como se establece del artículo 7° de la Ley 56 de 1981.

De esta manera, implica también hacer referencia a la diferencia que se sustrae de la prestación del servicio público domiciliario a la actividad de generación eléctrica, que se regula por una ley especial que es la Ley 56 de 1981 y, por su parte, la Ley 383 de 1997 señaló reglas especiales del impuesto de industria y comercio que se aplican a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a algunas de sus actividades complementarias, entre ellas a la actividad de generación de energía eléctrica, donde remite precisamente a la Ley 56 de 1981.

Ahora bien, aunque el párrafo 1° del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, señale que los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios públicos allí mencionados, no pueden ser gravados más de una vez por la misma actividad, debe precisarse **que cada una de las reguladas en el artículo son actividades independientes, por lo que el hecho de afirmar que la generadora pague el tributo de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 56 de 1981 y también por prestar el servicio público domiciliario de energía, no implica una doble tributación, pues la generación de energía eléctrica paga el tributo de acuerdo con los kilovatios de capacidad, mientras que la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, actividad diferente a la generación, paga el impuesto en donde se preste el servicio al usuario final sobre el valor promedio mensual facturado.**

Lo anterior, permite concluir que las empresas generadoras propietarias de obras para la generación eléctrica continúan gravadas por su actividad industrial, conforme la Ley 56 de 1981 y, **en relación con las demás actividades que desarrollen, se les aplican las reglas establecidas en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997.**

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

3.2. De la naturaleza y actividades de la entidad demandante frente al impuesto.

En cuanto a la naturaleza de la entidad demandante, las Empresas de Energía, cuyo objeto social, o es la comercialización de la energía eléctrica, o son prestadoras de servicio público o son generadoras de energía o están constituidas como Empresas Industriales y Comerciales del Estado, pero que finalmente están ligadas a la prestación del servicio público domiciliario del que trata la Ley 142 de 1994, por tal motivo, **no están exentos de la aplicación de esta ley puntualizada bajo la Ley 383 de 1997, en su artículo 51.**

En Jurisprudencia¹¹ del Consejo de Estado, se debatió el tema sobre la órbita de la competencia de las Empresas en las diferentes fases del proceso de energía, aseverándose que:

“Por su parte, la doctrina aduce que “La solidaridad, en el marco del Estado social del derecho, es el núcleo de la teoría del servicio público y lo que justifica la existencia de esta disciplina especial”. Por eso, en la actualidad se reconoce que “la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia no constituye una simple actividad económica de carácter privado, ni el ejercicio de las funciones públicas que le corresponden exclusivamente al Estado, sino, que se trata de una actividad que por su relevancia en la calidad de vida de los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad, se somete a un régimen jurídico especial” (Negrilla y Subrayado fuera del texto).

De tal forma que corresponde a las entidades territoriales establecer, en ejercicio de la autonomía fiscal que prevé la Carta Política y en armonía, coordinación y especial atención al nuevo sistema de prestación de servicios públicos domiciliarios, la tarifa del impuesto para cada uno de los hechos generadores dispuestos en las normas especiales.

Conforme con lo anterior, son cuatro los hechos generadores del impuesto de industria y comercio para el sector eléctrico:

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección cuarta. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, D.C., Dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 08001-23-31-000-2000-00260-01(17279). Actor: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. E.S.P. - CORELCA S.A. E.S.P. Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

- La explotación a cualquier título de las plantas de generación de energía eléctrica.
- **La Transmisión y conexión de energía eléctrica.**
- La Compraventa de energía eléctrica.
- El Servicio Público Domiciliario.

El servicio público domiciliario de energía eléctrica por su parte es el **transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición.**

Las empresas generadoras propietarias de obras para la generación eléctrica continúan gravadas por su actividad industrial, conforme la Ley 56 de 1981 y, en relación con las demás actividades que desarrollen, se les aplican las reglas establecidas en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997.

En ese sentido, ninguna de las reglas señaladas en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997 están condicionadas a que no se haya tributado por generación de energía, pues se reitera, cada actividad es independiente y tampoco puede entenderse que unas están comprendidas entre otras, pues ello no se establece expresamente del texto legal y, por el contrario, no es lo que se infiere de la interpretación de las normas que regulan los servicios públicos.

El Consejo de Estado en reciente Jurisprudencia¹², ha referido:

“...Por lo tanto, son fases del servicio público domiciliario de energía, las siguientes:

1. Generación de energía. El artículo 24 de la Ley 143 de 1994, en relación con la generación de electricidad, establece:

(...)

2. Interconexión y transmisión. A esta fase corresponde el acceso de la energía al Sistema Interconectado Nacional y el transporte a través las redes de

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011). Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02145-01(18352). Actor: Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Demandado: Municipio de Tuta.

interconexión y transmisión¹³ que también están definidas en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, así:

"Redes regionales o interregionales de transmisión: conjunto de líneas de transmisión y subestaciones, con sus equipos asociados, destinadas al servicio de un grupo de integrantes del sistema interconectado nacional dentro de una misma área o áreas adyacentes, determinadas por la comisión de regulación de energía y gas.

Redes de distribución: conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, destinados al servicio de los usuarios de un municipio o municipios adyacentes o asociados mediante cualquiera de las formas previstas en la Constitución Política".

La empresa generadora debe pagar unos cargos relacionados por el acceso y uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional, que cubren "en condiciones óptimas de gestión, los costos de inversión de las redes de interconexión, transmisión y distribución, según los diferentes niveles de tensión, incluido el costo de oportunidad de capital, de administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible. Estos cargos tendrán en cuenta criterios de viabilidad financiera".¹⁴

Las tarifas por el acceso y uso de las mencionadas redes, incluyen los siguientes cargos:

- a) Un cargo de conexión que cubrirá los costos de la conexión del usuario a la red de interconexión;
- b) Un cargo fijo asociado a los servicios de interconexión;
- c) Un cargo variable, asociado a los servicios de transporte por la red de interconexión¹⁵;

3. Distribución y entrega de la energía al usuario final. La energía es recibida en las redes de distribución ubicadas en jurisdicción del Municipio de Tuta, para ser finalmente entregada a la Siderúrgica de Boyacá S.A. en las condiciones pactadas en la oferta mercantil. Las redes de distribución están definidas en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, así:

"Redes de distribución: conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, destinados al servicio de los usuarios de un municipio o municipios adyacentes o asociados mediante cualquiera de las formas previstas en la Constitución Política"".

En ese sentido, el artículo 1º de la Resolución 024 de 1995 de la CREG, "por la cual se reglamentan los aspectos comerciales del mercado mayorista de

¹³ Ley 143 de 1994. Artículo 30. Las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan.

¹⁴ Ley 143 de 1994. Artículo 39.

¹⁵ Artículo 40 de la Ley 143 de 1994.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

energía en el sistema interconectado nacional”, define la Transmisión de Energía Eléctrica como:

“(...) la actividad consistente en el transporte de energía por sistemas de transmisión; y la operación, mantenimiento y expansión de sistemas de transmisión, ya sean nacionales o regionales...”

Entonces, la actividad a la que se hace alusión puede definirse como: i) el transporte de la energía a través de sistemas de esta clase, valga decir, de transmisión y ii) el mantenimiento, operación y expansión de los mismos; siendo sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 51 de la Ley 383 *ejusdem*, el propietario de la subestación:

*“...Teniendo en cuenta lo dispuesto en el No. 2 del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, **el sujeto pasivo del impuesto por esta actividad es el propietario de la subestación y el beneficiario del tributo, la entidad territorial en donde se encuentre ubicada tal subestación.** Por su parte, el impuesto se tasa sobre los ingresos promedios obtenidos en el municipio donde se encuentra ubicada la subestación...”¹⁶.*

No obstante lo anterior, dicho entendimiento legal fue desarrollado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, trazándose como premisa conceptual que si el propietario de una subestación es un tercero, distinto a una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, ello no quiere decir que por ser dicha subestación de su propiedad es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por la actividad de producción, transmisión o conexión de energía, pues el operario para prestar dicho servicio es exclusivo de una E.S.P., sobre quien recae la responsabilidad de pago del aludido tributo:

*“(...) Los sujetos pasivos del impuesto por esta actividad son las empresas de servicio público domiciliario que desarrollen esa actividad en calidad de operadores de red (OR) del sistema de transmisión regional (STR) o del sistema de transmisión local (SDL) Tratándose de empresas multipropósito, debe tenerse en cuenta que estas pueden o no pueden ser las propietarias de las subestaciones porque de acuerdo con el Artículo 28 de la Ley 142 de 1994, cualquier persona, tiene el derecho a construir redes para prestar servicios públicos sin que para ello tenga que constituirse en una Empresa de Servicios Públicos. Sin embargo, **como los activos requeridos para desarrollar la actividad pueden ser usados por un tercero para prestar el servicio de***

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sentencia de 6 de agosto de 2009, Exp No. 76001-23-31-000-2004-01596-01 (16181), C.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

energía eléctrica y ese servicio solo puede ser prestado por las empresas de servicios públicos domiciliarios, se precisa que el sujeto pasivo del ICA por la transmisión y conexión, son las empresas de servicios públicos domiciliarios que sean operadores de red, sean o no propietarias de las subestaciones...¹⁷ (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con la jurisprudencia antes citada, es dable concluir que si el propietario de una subestación es un tercero, distinto a una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, no quiere decir que por ser dicha subestación de su propiedad, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por la actividad de transmisión, pues el operario para prestar el servicio de energía eléctrica es exclusivo de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre quien recae la responsabilidad pasiva del aludido impuesto.

Finalmente, en otro pronunciamiento del año 2014, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó que:

“Ahora bien, aunque el párrafo 1º del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, señale que los ingresos obtenidos por la prestación de los servicios públicos allí mencionados, no pueden ser gravados más de una vez por la misma actividad, debe reiterarse que cada una de las reguladas en el artículo son actividades independientes, por lo que el hecho de afirmar que la generadora pague el tributo de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 56 de 1981 y también por prestar el servicio público domiciliario de energía, no implica una doble tributación, pues la generación de energía eléctrica paga el tributo de acuerdo con los kilovatios de capacidad, mientras que la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, actividad diferente a la generación, paga el impuesto en donde se preste el servicio al usuario final sobre el valor promedio mensual facturado.

Lo anterior, permite concluir que las empresas generadoras propietarias de obras para la generación eléctrica continúan gravadas por su actividad industrial, conforme la Ley 56 de 1981 y, en relación con las demás actividades que desarrollen, se les aplican las reglas establecidas en el artículo 51 de la Ley 383 de 1997.

(...)

*Por consiguiente, para la Sala, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 51 de la Ley 383 de 1997, la demandante como prestadora del servicio público de energía estaba obligada a pagar al Municipio de Tuta el impuesto de industria y comercio sobre el promedio mensual facturado a Siderúrgica de Boyacá, por el año gravable 2001*¹⁸. (Destacado por la Sala)

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 4 de febrero de 2010, Exp. No. 76001-23-31-000-2003-3768-00(16921), C.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, CP: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, veintitrés (23) de enero de dos mil catorce (2014),

4. CASO CONCRETO

4.1 De lo probado en el proceso

De las pruebas allegadas al plenario, se resalta las siguientes:

- Certificación de existencia y representación legal de la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. (fls. 33-36).
- Declaración bimestral de retención y auto-retención en la fuente – Impuesto Industria y Comercio, cuarto bimestre 2009, Formulario R 0487 (fls. 99).
- Recibo de caja de 21 de diciembre de 2009, emitido por la Alcaldía de Tuta por concepto de pago de auto declaración del impuesto de industria y comercio del 4º bimestre de 2009, por valor de \$1.108.000 (fl.100).
- Resolución No. 2010-014 de 27 de enero de 2010, proferida por el Secretario de Hacienda Municipal de Tuta, a través de la cual se dicta un emplazamiento a la EBSA para corregir la declaración bimestral de retención y autoretención del impuesto de industria y comercio correspondiente al bimestre 4 de 2009 (fl. 101-102).
- Respuesta de la EBSA a la Resolución No. 2010-014 de 27 de enero de 2010 (fl. 103-107).
- Acta de inspección tributaria de 18 de mayo de 2011 (fl.188-191).
- Resolución No. 2012-004 de 5 de marzo de 2012, proferida por el Secretario de Hacienda Municipal de Tuta, por medio de la cual se dicta un requerimiento especial para que la EBSA corrija su declaración de auto retención del impuesto de industria y comercio correspondiente al 4º bimestre del año gravable 2009 (fl. 38-45).
- Respuesta a requerimiento especial de fecha 12 de junio de 2012 (fl.49-59).
- Resolución No. 2012-101, de 15 de noviembre de 2012, proferida por el Secretario de Hacienda Municipal de Tuta, por medio de la cual se profiere una liquidación de revisión (fl. 60-71).

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

- Recurso de reconsideración interpuesto en contra de la Resolución No. 2012-0101 (fl. 74-96).
- Auto No. 2013-004 de 20 de febrero de 2013, proferido por el Secretario de Hacienda Municipal de Tuta, por medio del cual se inadmite un recurso (fl. 97-98).
- Contrato de Conexión al Sistema de Transmisión Nacional –STN- No. 2008-100, suscrito entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P y DIACO S.A. suscrito el 15 de agosto de 2008 (fl. 367-379).
- Certificado expedido por el representante legal de DIACO el 12 de junio de 2014, en donde se señaló:

“(...) mediante el presente documento me permito certificar que la Subestación ubicada en las instalaciones de DIACO S.A. TUTA es de propiedad de mi representada” (fl. 634).

- Conceptos No. 029314-05 de 31 de octubre de 2005 y de 25 de marzo de 2010, emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 647-651).
- Certificación expedida por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, en la cual se indicó:

“(...) En atención a su solicitud le informamos que, una vez revisada la base de activos utilizada para la aprobación de los cargos máximos de distribución de la Empresa de Energía de Boyacá, no se encuentra una subestación denominada Diaco-Tuta localizada en las coordenadas señaladas en esta comunicación...” (fl. 161).

4.2 Análisis de la Sala

4.2.1 De la actividad de Transmisión de Energía Eléctrica

En el presente caso, la Empresa de Energía de Boyacá indicó en el recurso de apelación que si bien ejerce la actividad de comercialización de energía eléctrica, **no ejerce la actividad de transmisión**, ya que no posee subestación alguna en la jurisdicción del Municipio de Tuta.

Al respecto, de acuerdo al material probatorio que reposa en el expediente, se colige que según la certificación expedida el 12 de junio de 2014 por DIACO S.A., dicha Empresa es propietaria de la Subestación de Energía Eléctrica localizada en la jurisdicción del Municipio de Tuta (fl. 634).

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

Circunstancia que coincide con lo señalado por el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, quien al consultar la base de activos de la EBSA, concluyó que no tiene a su cargo la subestación denominada "Diacó- Tuta" (fl. 161).

De acuerdo con lo anterior, en principio, la recurrente tendría razón al afirmar que no se le puede realizar cobro alguno del impuesto de industria y comercio por concepto de transmisión de energía eléctrica, ya que la subestación que se encuentra ubicada en el Municipio de Tuta, no es de su propiedad.

No obstante como se indicó en presidencia, el H. Consejo de Estado, en una sentencia emitida dentro de un caso similar el 4 de febrero de 2010, al que nos ocupa, expresó:

(...) Los sujetos pasivos del impuesto por esta actividad son las empresas de servicio público domiciliario que desarrollen esa actividad en calidad de operadores de red (OR)¹⁹ del sistema de transmisión regional (STR)²⁰ o del sistema de transmisión local (SDL)²¹

Tratándose de empresas multipropósito, debe tenerse en cuenta que estas pueden o no pueden ser las propietarias de las subestaciones porque de acuerdo con el Artículo 28 de la Ley 142 de 1994, cualquier persona, tiene el derecho a construir redes²² para prestar servicios públicos sin que para ello tenga que constituirse en una Empresa de Servicios Públicos. Sin embargo, como los activos requeridos para desarrollar la actividad pueden ser usados por un tercero para prestar el servicio de energía eléctrica y ese servicio solo puede ser prestado por las empresas de servicios públicos domiciliarios, se precisa que el sujeto activo del ICA por la transmisión y conexión, son las empresas de servicios públicos domiciliarios que sean operadores de red, sean o no propietarias de las subestaciones²³. (Subrayado fuera de texto)

¹⁹ Resolución 070 de 1998. "Operador de Red de STR's y/o SDL's (OR). Es la persona encargada de la planeación de la expansión y de las inversiones, operación y mantenimiento de todo o parte de un STR o SDL; los activos pueden ser de su propiedad o de terceros. Para todos los propósitos son las empresas que tienen Cargos por Uso de los STR's y/o SDL's aprobados por la CREG. El OR siempre debe ser una Empresa de Servicios Públicos.

²⁰ Resolución 070 de 1998. "Sistema de Transmisión Regional (STR) Sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por redes regionales o interregionales de transmisión; Conformado por el conjunto de líneas y subestaciones con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV y que no pertenecen a un sistema de distribución local."

²¹ Resolución 070 de 1998. "Sistema de Distribución Local (SDL). Sistema de transmisión de energía eléctrica compuesto por redes de distribución municipales o distritales; conformado por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a tensiones menores de 220 kV que no pertenecen a un sistema de transmisión regional por estar dedicadas al servicio de un sistema de distribución municipal, distrital o local."

²² Resolución 070 de 1998. "Quien construya redes con el fin de prestar servicios públicos debe cumplir con lo establecido en la presente Resolución y en las leyes 142 y 143 de 1994."

²³ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS, Bogotá D.C., Cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-31-000-2003-3768-00(16921),

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
 Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
 Demandado: Municipio de Tuta
 Radicación: 150013333004201300076-02

Así las cosas, es dable concluir que si el propietario de una subestación es un tercero, distinto a una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios (DIACO S.A.), no quiere decir que por ser dicha subestación de su propiedad, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por la actividad de transmisión, pues el operario para prestar el servicio de energía eléctrica es exclusivo de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, sobre quien recae la responsabilidad pasiva del aludido impuesto.

4.2.2 De las cifras reflejadas en el Sistema Único de Información – SUI.

Indica la parte recurrente que la herramienta usada por el Municipio para establecer las supuestas inconsistencias entre la información reportada y el mencionado sistema de información, no es válida para soportar un acto de determinación impositiva, dado que el SUI tiene una finalidad extra fiscal, en el cual se reportan los consumos efectivamente causados incluyendo en este rubro el valor correspondiente a subsidios y contribuciones que se otorgan a los estratos 1, 2, 3 y las contribuciones a los estratos 4 y 5, así como el impuesto de industria y comercio.

Frente al Sistema Único de Información – SUI, el artículo 14 de la Ley 689 de 2001, estableció:

Artículo 14. Adiciónase el siguiente artículo nuevo a la Ley 142 de 1994.

"Artículo nuevo. Del sistema único de información. Corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer, administrar, mantener y operar un sistema de información que se surtirá de la información proveniente de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, para que su presentación al público sea confiable, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994.

El sistema de información que desarrolle la Superintendencia de Servicios Públicos será único para cada uno de los servicios públicos, actividades inherentes y actividades complementarias de que tratan las Leyes 142 y 143 de 1994, y tendrá como propósitos:

(...)

3. Apoyar las funciones que deben desarrollar los agentes o personas encargadas de efectuar el control interno, el control fiscal, el control social, la revisoría fiscal y la auditoría externa". (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con la norma referida, el SUI es una herramienta en la cual se recopila y administra la información proveniente de las empresas prestadoras de servicios públicos, este sistema es operado por la Superintendencia de Servicios Públicos y tiene como finalidad que la prestación del servicio sea confiable.

Siendo una de las funciones del SUI, apoyar las tareas de los Agentes o Personas, encargados de hacer el Control Interno, Fiscal, Social y Auditoría Externa de las Empresas que están obligadas a reportar información en el SUI.

Además, en el *sub lite* la EBSA S.A. no cumplió con la carga probatoria que le correspondía en ánimo de demostrar que las sumas contenidas en la declaración privada del impuesto de industria y comercio, respecto de la prestación del servicio domiciliario de energía eléctrica era correcta, ante las dudas que generó en la administración de impuestos del Municipio de Tuta las inconsistencias con la información oficial que aparecía en el SUI, allegando los correspondientes soportes contables o las certificaciones del caso, las que de acuerdo con el artículo 775 del Estatuto Tributario²⁴ prevalece sobre la declaración y desde luego sobre lo que apareciera consignado en el SUI.

4.3 De la condena en agencias en derecho hecha por el Juez de conocimiento.

De otro lado, en cuanto a la imposición de costas hecha por el Juez de conocimiento el recurrente advirtió que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 365 del Código General del proceso “...*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación...*”.

²⁴ **Artículo 775. PREVALENCIA DE LOS LIBROS DE CONTABILIDAD FRENTE A LA DECLARACIÓN.** Cuando haya desacuerdo entre la declaración de renta y patrimonio y los asientos de contabilidad de un mismo contribuyente, prevalecen éstos.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

Una vez revisada la providencia impugnada se encuentra que la misma dispuso:

“(...) CONDENAN EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

De conformidad con el artículo 188 de C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regiran por las normas del C.G.P.

*En el presente caso se debe condenar en costas a la parte vencida, es decir a la **Empresa de Energía de Boyacá EBSA**, debido a que se accede a las pretensiones de la demanda (sic). Las costas serán liquidadas por Secretaría. Como agencias en derecho se fija la suma de \$189.370 establecido como base en el 1% sobre la estimación de la cuantía señalada en la demanda...” (fl. 725)(Subraya fuera de texto).*

De conformidad con lo anterior, lo primero que advierte la Sala es que el recurrente está asimilando el concepto de agencias en derecho con el de costas, a pesar de tratarse de conceptos diferentes, pues de conformidad con lo señalado el artículo 361 del Código General del Proceso, la composición de las costas es la siguiente:

“(...) Artículo 361. Composición.

Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.

Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes...”

De la norma previamente transcrita es claro que la inconformidad del recurrente radica en la fijación de las agencias en derecho, de ahí que no le sea aplicable el numeral 8º del artículo 365 del Código General del proceso, norma que hace referencia a las costas procesales. De lo anterior se concluye que lo ordenado por el juez de conocimiento fue a justado a derecho.

En suma, se impone a la Sala confirmar la Sentencia de 8 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

5. Costas y agencias en derecho

De conformidad con lo señalado en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso²⁵ la Sala condenará en costas a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., las cuales, serán liquidadas por el *a quo*.

Se fijan como agencias en derecho, la suma de \$189.370 pesos m/cte. Que corresponde al 1% de las pretensiones de la demanda (fl. 3), ello en virtud de lo dispuesto en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión Oral de Descongestión No. 1 B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2014 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte recurrente, en virtud a que no prosperó el recurso de apelación. El *a quo* procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO: FIJAR como agencias en derecho a cargo del recurrente, la suma de \$189.370 pesos m/cte. Que corresponde al 1% de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

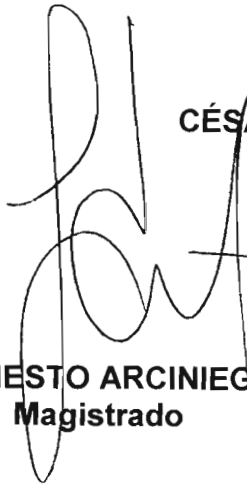
²⁵ "... Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. **Se condenará en costas** a la parte vencida en el proceso, o **a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código..."

Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de Decisión Oral de Descongestión No. 1 B de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CÉSAR HUMBERTO SIERRA PEÑA
Magistrado


LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado


FABIO IGNACIO MEJÍA BLANCO
Magistrado

Hoja de Firmas
Referencia: Nulidad y Restablecimiento de Derecho
Demandante: Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.
Demandado: Municipio de Tuta
Radicación: 150013333004201300076-02

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA**
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 161 de hoy 21 SEP. 2015
EL SECRETARIO _____

