

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-31-000-2011-00006-02(19173)

Actor: RICARDO JESÚS ANAYA VISBAL

Demandado: MUNICIPIO ZONA BANANERA – MAGDALENA

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Ricardo de Jesús Anaya Visbal contra la sentencia del 30 de septiembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que negó la pretensión de nulidad del Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009, proferido por el Concejo del Municipio Zona Bananera.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad simple, el demandante formuló las siguientes pretensiones:

“1. De manera principal.

Que se declare que es nulo todo el Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Zona Bananera, 'Por el cual se precisan los sujetos pasivos, bases gravables, se modifican y se ajustan las tarifas del impuesto al servicio de alumbrado público municipal de Zona Bananera, se conceden unas facultades, autorizaciones y se dictan otras disposiciones al Alcalde Municipal'.

2. De manera subsidiaria.

En el evento que se rechace la declaración anterior, de manera subsidiaria solicito que se declare lo siguiente:

*Que son nulos los **siguientes apartes** del Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Zona Bananera, referentes al impuesto de alumbrado público, cuyos textos transcribo a continuación..."*

1.1.1. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Los apartes demandados son los siguientes¹:

**"ACUERDO No. 008
(MAYO 14 DE 2009)**

**"POR EL CUAL SE PRECISAN LOS SUJETOS PASIVOS,
BASES GRAVABLES, SE MODIFICAN Y SE AJUSTAN LAS
TARIFAS DEL IMPUESTO AL SERVICIO DE ALUMBRADO
PÚBLICO MUNICIPAL DE ZONA BANANERA, SE CONCEDEN
UNAS FACULTADES, AUTORIZACIONES Y SE DICTAN OTRAS
DISPOSICIONES AL ALCALDE MUNICIPAL".**

**EL CONCEJO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO ZONA BANANERA
– MAGDALENA.**

En uso de sus facultades Constitucionales – Artículo 313 numeral 4., 317, 365, 338, de la Constitución Nacional, la Ley 097 de 1913 y 084 de 1915 ambas declaradas exequibles mediante Sentencia C-504/02, artículo 32, numeral 7º de la Ley 136 de 1994, la

¹Texto tomado de la copia aportada por el demandante. Folios 44-57 cuaderno principal.

Resolución 043 del 23 de octubre de 1995, emitida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y el Decreto 2424 de 2006 de la Presidencia de la República y el Ministerio de Minas y Energía y demás normas concordantes y:

[...]

ACUERDA

[...]

ARTÍCULO 9º: El impuesto al servicio de alumbrado público, se cobrará mensualmente para todos los sectores y estratos, teniendo en cuenta los siguientes esquemas tarifarios:

[...]

9.2. TARIFA APLICABLE A QUIENES NO SE LES PUEDE DETERMINAR EL CONSUMO MENSUAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

[...]

9.2.3 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y/O DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. *Empresas oficiales, privadas o mixtas que operen o posean cualquier tipo de infraestructura en la jurisdicción del Municipio pagarán una tarifa mensual equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes (15 smlmv).*

[...]

ARTÍCULO 10: *En el evento que un mismo Contribuyente, aplique para dos (2) o más de las tarifas indicadas en este acuerdo, estará obligado a pagar el respectivo impuesto por una sola de ellas, aplicándose entonces la de mayor valor”.*

1.1.2. NORMAS VIOLADAS

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 13 [1], 95 [9], 150 [12], 287 [3], 313 [4], 338 y 363.

- Código Contencioso Administrativo: artículos 158 y 175
- Ley 142 de 1994: artículo 24.1
- Ley 136 de 1994: artículo 32 [7]
- Ley 97 de 1913: artículo 1 [literal d)]
- Ley 84 de 1915: artículo 1 [literal a)]
- Decreto 2424 de 2006: artículo 9.
- Resolución CREG 43 de 1995: artículo 9 [parágrafo 2]

1.1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- **Violación al principio de legalidad: Por indefinición de los elementos del tributo por parte del legislador y consecuente incompetencia del concejo municipal para fijarlos. Violación de los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo.**

El actor adujo que este argumento de violación se refiere a todo el texto del Acuerdo 008 de 2009, y consiste en que este acto violó los artículos 150-12, 287-3, 313-4 y 338 de la Constitución Política y el artículo 32 [numeral 7] de la Ley 136 de 1994, en la medida en que el Concejo del Municipio de Zona Bananera, sin tener competencia, estableció en el Acuerdo 008 de 2009 de manera directa y autónoma, los elementos esenciales del impuesto sobre el servicio de alumbrado público.

Adujo que el fundamento legal para el cobro del impuesto de alumbrado público lo constituyen las Leyes 97 de 1913 (artículo 1 lit d) y 84 de 1915 (artículo 1,lit a).

Que las anteriores normas se limitan a indicar que los municipios pueden crear el *“impuesto sobre el servicio de alumbrado público”* y únicamente señalan el nombre de este tributo, pero no precisan ninguno de los elementos ni impone límites o instrucciones a las entidades territoriales.

Señaló que el poder de imposición de los entes territoriales está sujeto a que exista una ley previa que no solo autorice el gravamen sino en la que también se señalen los hechos y los elementos que identifican o tipifican el tributo, siendo esta, precisamente, la atribución o facultad que los artículos 150 [12] y 338 de la Constitución le conceden al legislador.

En consecuencia, al guardar silencio las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 sobre los elementos esenciales del tributo denominado *“impuesto sobre el servicio de alumbrado público”*, es evidente que el acuerdo demandado se opone a los artículos 1, 150 [12], 287 [3], 313 [4] y 338 de la Constitución Política. Por tal razón, el Concejo del Municipio de Zona Bananera carece de la facultad constitucional y legal de suplir los vacíos legales.

- **Violación subsidiaria al “principio de legalidad” por violación de la norma que autorizó el tributo (literal d), artículo 1 Ley 97 de 1913).**

Este cargo se refiere únicamente respecto del numeral 9.2.3 del artículo 9 y al artículo 10 del acuerdo demandado y se presenta en el evento que el juzgador rechace el argumento principal antes expuesto.

Adujo que aun si se acepta la aplicación de las leyes creadoras del tributo de alumbrado público, el numeral 9.2.3 del artículo 9 y el artículo 10 del Acuerdo

08 de 2009 violan el principio de legalidad toda vez que el primero fijó los elementos del tributo por fuera de los límites contenidos en la Ley 97 de 1913. Es así como fijó unas bases gravables que más se asemejan a hechos generadores nuevos y autónomos que desnaturalizan la esencia del impuesto regulado, pero sobre todo, esta base gravable (empresas de servicios públicos domiciliarios) se configuran con fundamento en unos elementos que son ajenos al impuesto de alumbrado público.

Que el numeral 9.2.3 del artículo 9 del Acuerdo 008 de 2009 determina el hecho generador del tributo que se denomina de alumbrado público, pero en realidad crea un nuevo tributo, pues no define la base gravable, sino que establece hechos (ser empresa de servicios públicos domiciliarios) cuya ocurrencia genera la obligación de pagar el tributo.

Que el artículo 10 del acuerdo acusado, al establecer la tarifa más elevada, obliga a la autoridad tributaria a aplicar hechos generadores y bases gravables violatorias de las normas superiores.

- **Violación a los principios constitucionales de equidad, igualdad y de capacidad contributiva.**

Precisó que el numeral 9.2.3 del artículo 9 y el artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009 de Zona Bananera violaron los principios de equidad e igualdad al establecer, respecto a determinados contribuyentes, bases gravables y tarifas diferenciales sin ninguna justificación, así como el principio de capacidad contributiva, al establecer hechos generadores y bases gravables del impuesto de alumbrado público ajenos a este y que no son indicio de la

capacidad de pago del sujeto pasivo respecto de un impuesto cuyo hecho imponible es el servicio de alumbrado público.

Por otra parte, de la simple comparación de las bases gravables y de las tarifas previstas en el numeral 9.2.3 del artículo 9 del Acuerdo 008 de 2009, con las previstas para los demás usuarios comerciales o industriales, se concluye que las personas que en el municipio de Zona Bananera sean empresas de servicios públicos domiciliarios reciben de parte de dicho ente territorial un tratamiento diferente y más gravoso al que reciben otros sujetos pasivos que ejercen actividades igualmente industriales y comerciales, sin que exista una justificación válida para ello.

En efecto, mientras que, según se indica en otros apartes del Acuerdo 008 de 2009, un sujeto pasivo que sea usuario comercial o industrial paga el tributo con base en un porcentaje según sea su consumo real de energía eléctrica, por el contrario, resulta que según el numeral 9.2.3 del artículo 9 del Acuerdo 008 de 2009, los sujetos pasivos que sean empresas de servicios públicos domiciliarios en el municipio de Zona Bananera pagarán el mismo tributo con base en una elevada suma fija que no obedece a un criterio racional o de equidad, sino que se genera por el solo ejercicio de la actividad.

Además, el numeral 9.2.3 del artículo 9 del Acuerdo 008 de 2009 viola el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994, por que grava específicamente a las empresas de servicios públicos domiciliarios, creando una diferencia por ser empresa prestadora de servicios públicos, respecto de todas las demás empresas que puedan funcionar en el municipio.

Este trato discriminatorio consiste en que a estos sujetos se les aplica tarifas y bases gravables diferentes a las de otros usuarios que realizan actividades

similares, como son las industriales, comerciales y de servicios, sin que exista una justificación válida.

- **Violación de los límites impuestos por la Resolución CREG 43 de 1995 y por el artículo 9 del Decreto 2424 de 2006.**

Señaló que el Concejo del municipio de Zona Bananera, al expedir el Acuerdo 008 de 2009, debió tener en cuenta los límites y parámetros establecidos por la Resolución CREG 043 de 1995 y por el Decreto 2424 de 2006.

En las consideraciones del acuerdo demandado no se indicó si el municipio efectuó un estudio sobre cuánto es el valor del costo del impuesto de alumbrado público y si con el producido de esta renta el municipio únicamente percibirá lo necesario para cubrir dicho costo y no valores superiores a ello, que es lo que exigen la Resolución 43 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006.

Así, previo a la expedición del Acuerdo 008 de 2009, el municipio de Zona Bananera debió determinar y explicar cuánto le costaba cubrir el costo y mantenimiento del servicio de alumbrado público para fijar un impuesto que consultara los costos reales del servicio. En consecuencia, el acto acusado es nulo por indebida e insuficiente motivación.

- **Violación de los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo, por reproducción de actos que se encuentran anulados mediante sentencia judicial ejecutoriada.**

Estimó que el acuerdo acusado violó los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo que prohíben la reproducción de actos anulados. Dijo que mediante sentencia del 30 de septiembre de 2009, el Tribunal Administrativo del Magdalena decretó la nulidad de los Acuerdos 011 de 2003 y 005 de 2004 del municipio de Zona Bananera, que establecieron el tributo de alumbrado público en el citado municipio; sin embargo, estos actos fueron reproducidos por el acuerdo demandado.

Que el Tribunal Administrativo del Magdalena señaló como argumento principal para declarar la nulidad, que las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 no establecieron parámetros para la creación del impuesto de alumbrado público por parte de los municipios, lo que violó el principio de legalidad de los tributos; no obstante, el municipio demandado expidió el Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009, que reprodujo los actos administrativos anulados utilizando como fundamento las mismas Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 en que se sustentaron los actos anulados, lo que violó los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de Zona Bananera contestó la demanda en los siguientes términos:

- **Inexistencia de reproducción de los acuerdos anulados**

Adujo que el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo consagra la prohibición de reproducir un acto anulado o suspendido, cuando se conserven en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas,

circunstancia que no ocurre en el caso concreto, toda vez que se trata de actos diferentes.

Que el fundamento esgrimido para anular los anteriores acuerdos desapareció con la expedición de las sentencias 16544 del 9 de julio de 2009, 16315 del 6 de agosto de 2009 y 16667 del 11 de marzo de 2010, todas de la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Por otra parte, señaló que acorde con lo señalado por el Consejo de Estado, no se configura la reproducción del acto anulado si el nuevo acto administrativo es expedido con anterioridad a la nulidad o suspensión.

En el caso concreto, el Acuerdo 008 se profirió el 14 de mayo de 2009, mientras que la sentencia mediante la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena anuló los referidos actos administrativos es del mes de septiembre del mismo año.

- **Inexistencia de la violación a los principios constitucionales de equidad, igualdad y de capacidad contributiva.**

Precisó que no es discriminatorio y mucho menos violatorio del derecho a la igualdad el establecer tarifas diferenciales entre contribuyentes por las siguientes razones:

Porque la igualdad se predica entre iguales, por ejemplo, si el acuerdo consagrara tarifas diferenciales entre los contribuyentes residenciales, ya que por pertenecer a un mismo grupo no se justificaría un trato diferente. Sin embargo, consagrar que aquellos que están en mejor capacidad económica

como los comerciantes o industriales, paguen a una tarifa igual que los residenciales sería discriminatorio.

Que si el hecho generador se predica del beneficio directo o indirecto del servicio de alumbrado público, sí sería desigual que aquellos que reciben un beneficio económico de la prestación del mismo paguen una tarifa igual a quienes solo reciben beneficio de la seguridad. Es decir, que mientras los contribuyentes comerciales o industriales se benefician porque sus establecimientos son accesibles de noche o pueden establecer jornadas de trabajo nocturnas, ya que sus empleados se sentirían más seguros al ir al trabajo, el beneficio de los contribuyentes residenciales es intangible.

Es por esto que no es violatorio del derecho a la igualdad establecer tarifas de alumbrado público diferentes entre los contribuyentes, teniendo en cuenta la capacidad económica y el beneficio que reciben del servicio de alumbrado público, como en el presente caso, criterios que se desprenden del cotejo armónico del Acuerdo 011 de 2003, modificado por el Acuerdo 005 de 2004.

- **Los costos en la prestación del servicio de alumbrado público.**

Estimó que la carga impositiva que se deriva del hecho generador “servicio de alumbrado público” es propiamente de un impuesto, razón por la cual no es necesario que se determinen un sistema y un método para definir los costos y beneficios que se derivan de tal servicio, ni mucho menos la forma de hacer su reparto, como lo sugiere el demandante.

Que el acuerdo municipal tomó como parámetros la capacidad de generación de energía y la capacidad en voltajes de las líneas de transmisión, factores

que corresponden a una dimensión propia o ínsita en el hecho imponible, que lo constituye el servicio de *“iluminación de las vías públicas, parques públicos y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales”*.

El municipio propuso la siguiente excepción:

Inepta demanda por incongruencia de los cargos

Adujo que aunque el demandante alegó que el acto acusado violó la Constitución Política, las Leyes 136 de 1994, 97 de 1913, 84 de 1915 y 142 de 1994, el Código Contencioso Administrativo, el Decreto 2424 de 2006 y la Resolución CREG 043 de 1995, en el capítulo relativo a las normas violadas y al concepto de la violación, se limitó a plantear argumentos que nada tienen que ver con la explicación de las normas que se invocan como violadas.

Que el señalamiento del concepto de la violación no es un aspecto formal, como para que su omisión conduzca a un fallo inhibitorio. Se trata de un aspecto de fondo, que conduce a la denegación de las súplicas de la demanda.

1.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión se resumen así:

Explicó que el impuesto de alumbrado público fue establecido por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, que facultó al Concejo de Bogotá para fijar los elementos del impuesto. Que, posteriormente, la Ley 84 de 1915, hizo extensiva dicha facultad a todos los municipios.

Precisó que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-504 de 2002, declaró la exequibilidad de los literales d) e i) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913, por estimar que los concejos municipales son los llamados a determinar los elementos de los tributos cuya creación autoriza la ley, tesis que fue confirmada, a su vez, en la sentencia C-1055 de 2004 que decidió la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913, por violación del artículo 338 de la Constitución Política.

Que, por otra parte, la sentencia C-035 de 2009 examinó la legalidad del literal b) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, en razón a la presunta transgresión del principio de legalidad del tributo. Que la Corte Constitucional ratificó que el legislador debe establecer los límites dentro de los cuales las ordenanzas o los acuerdos pueden fijar los contenidos concretos de la obligación tributaria; pero precisó que la autonomía tributaria de los entes territoriales exige que la ley reserve un espacio para que dichos entes ejerzan sus competencias impositivas, es decir, que el Congreso no debe delimitar de manera absoluta la constitución del tributo.

Así pues, la Corte Constitucional confirmó que los concejos distritales y municipales pueden determinar los elementos de la obligación tributaria, siempre que:

- a) Medie autorización del legislador para la imposición del gravamen.
- b) Que la ley contenga la delimitación del hecho gravado con el respectivo impuesto o contribución.

Atendiendo lo anterior, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 9 de julio de 2009, [Exp. 16544²], modificó la línea jurisprudencial relacionada con la facultad impositiva de las entidades territoriales e indicó que bajo la vigencia de la Constitución de 1886 la facultad impositiva de los municipios era derivada en cuanto se supeditaba a las leyes expedidas por el Congreso, pero dicha preceptiva varió con la expedición de la Constitución Política de 1991, debido a que se dispuso que la ley, las ordenanzas y los acuerdos podían determinar los elementos del tributo, en concordancia con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, consagrados en los artículos 1º, 287-3, 300-4 y 313-4 ib.

Dichas normas confirieron a las asambleas departamentales y a los concejos municipales la potestad de establecer los diferentes aspectos de la obligación tributaria, es decir, que la facultad para determinar los presupuestos objetivos de los gravámenes no es exclusiva del Congreso, esto es, se reconoce autonomía fiscal a los municipios para regular directamente los elementos de los tributos que la ley les haya autorizado.

Cargos Principales

Violación al principio de legalidad

Advirtió que según el demandante, el Acuerdo 008 de 2009 violó los artículos

²C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

150 [12]; 287 [3], 313 [4] y 338 de la Constitución Política por cuanto el ente municipal, de manera directa, estableció los elementos esenciales del impuesto de alumbrado público sin tener competencia para el efecto.

El Tribunal estimó que conforme con lo expuesto, la autoridad municipal cuenta con facultad impositiva en virtud de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales; por tanto su autonomía fiscal está reconocida por la Constitución Política de 1991, y siendo así, ostenta la potestad de regular directamente los elementos de los tributos autorizados legalmente.

Reproducción de actos anulados

Según el demandante, el Acuerdo 009 de 2009 viola los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto reproduce los Acuerdos 011 de 2003 y 005 de 2004 que fueron anulados por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2009.

El Tribunal precisó que el Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009 fue sancionado el 18 de mayo del mismo año, fecha para la cual no se había proferido la sentencia que declaró la nulidad de los acuerdos citados. Que, por lo tanto, no se puede predicar la alegada violación de los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo.

Cargo subsidiario

Definición ilegal del hecho generador y de la base gravable del impuesto de alumbrado público

El demandante precisó que la violación al principio de legalidad únicamente se refiere al numeral 9.2.3 del artículo 9 y al artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009 del municipio de Zona Bananera, consistente en que aun aceptando la aplicabilidad de las leyes creadoras del tributo de alumbrado público, dichas preceptivas violan el principio de legalidad en la medida en que:

- 1) El numeral 9.2.3 del artículo 9 fija los elementos de dicho tributo por fuera de los límites legales contenidos en la Ley 97 de 1913.
- 2) Al escoger la tarifa más elevada (artículo 10) se viola también el principio de legalidad, por cuanto se obliga a la autoridad administrativa tributaria a aplicar hechos generadores y bases gravables violatorias de normas superiores.

El Tribunal resolvió los cargos formulados de la siguiente forma:

El numeral 9.2.3 del artículo 9 fija los elementos de dicho tributo por fuera de los límites legales contenidos en la Ley 97 de 1913.

Consideró que la Corte Constitucional, en sentencia C-713 de 2008, determinó que el tributo derivado del servicio de alumbrado público es un impuesto porque del mismo gozan todos los habitantes de la jurisdicción territorial, quieran o no acceder al mismo; que se genera por la mera prestación del servicio; que se cobra indiscriminadamente a todos sus beneficiarios y que el contribuyente puede o no beneficiarse con el servicio, de acuerdo con las condiciones en que se preste, sin que pueda derivarse una relación directa entre el tributo cobrado y el beneficio al que se acceda habitual o esporádicamente.

Que el cargo no prospera por cuanto el Municipio de Zona Bananera puede

determinar los elementos del tributo, debido a lo preceptuado en la Constitución Política, que reconoce la autonomía fiscal de los municipios y departamentos con fundamento en los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales.

Además, la actora no indicó con claridad cuáles son las causas o hechos en que la precitada norma desborda los límites de la legislación presuntamente vulnerada, además no probó la transgresión a la Ley 97 de 1913.

Al escoger la tarifa más elevada (artículo 10) se viola también el principio de legalidad, por cuanto se obliga a la autoridad administrativa tributaria a aplicar hechos generadores y bases gravables violatorias de normas superiores

Indicó que el hecho generador del impuesto de alumbrado público es ser usuario potencial receptor del servicio, independientemente de que el contribuyente lo reciba de manera habitual o esporádica.

Que las normas acusadas no modifican el hecho generador del impuesto de alumbrado público, sino que fijan una tarifa para unos sujetos determinados, independientemente del beneficio habitual u ocasional del servicio, por cuanto al ostentar la calidad de usuario potencial, esto es, al residir en la jurisdicción del territorio cobijado por los efectos de dicho tributo se materializa el hecho generador del impuesto.

De la base gravable y la tarifa regulada por las normas acusadas

El actor manifestó que las bases gravables determinadas en el numeral 9.2.3 del artículo 9 y en el artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009, se asemejan más a hechos generadores nuevos y autónomos que desnaturalizan el impuesto

de alumbrado público.

El Tribunal no advirtió ningún vicio de nulidad que invalide el numeral 9.2.3 del artículo 9, ni el artículo 10 del Acuerdo 08 de 2009, pues el hecho generador del impuesto de alumbrado público es ser simplemente un usuario potencial del servicio, y en el caso concreto los sujetos pasivos determinados indican de manera clara que el impuesto se aplicará a las “Empresas oficiales, privadas o mixtas que operen o posean cualquier tipo de infraestructura en la jurisdicción del Municipio”, esto es, que tengan residencia en la jurisdicción del Municipio de Zona Bananera, sea que reciban habitual u ocasionalmente el servicio de alumbrado público.

En cuanto a la base gravable y las tarifas reguladas en los precitados artículos, no se encuentra dentro del expediente prueba que permita inferir qué método de determinación aplicó el municipio para fijar la base gravable en lo que corresponde a los sujetos pasivos de las normas demandadas.

Advirtió que el demandante no allegó medios probatorios idóneos para cuestionar las tarifas dispuestas en los numerales 9.2.3 y en el artículo 10, ni demostró que dichas tarifas no hayan consultado la capacidad económica de los sujetos pasivos afectados por las mismas, o que su fijación haya estado desprovista de estudios técnicos sobre costos y beneficios.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante recurrió la sentencia del Tribunal. Los argumentos de apelación se resumen así:

Violación al principio de legalidad por indefinición de los elementos del tributo por parte del legislador y la consecuente falta de competencia del Concejo Municipal de Zona Bananera para fijarlos.

Dijo el demandante que según el Tribunal, no se configuró la alegada violación al principio de legalidad, por cuanto según la sentencia C-035 de 2009, proferida por la Corte Constitucional, los entes territoriales pueden establecer los elementos del tributo.

Replicó que, contrario a lo señalado por el *a quo*, los entes territoriales tienen autonomía para establecer tributos en sus territorios, siempre y cuando exista una ley que contenga una autorización impositiva (ley habilitante) en la que se definan los supuestos de hecho mínimos que crean el tributo, lo que no ocurre en el caso concreto, toda vez que las Leyes 97 de 1913 (artículo 1º literal d) y 84 de 1915 (artículo 1º literal a) no contienen los elementos mínimos, necesarios, del tributo que autoriza crear.

Insistencia en la violación subsidiaria al “principio de legalidad” por violación de la norma que autorizó el tributo (literal d), artículo 1º Ley 97 de 1913).

Dijo que el Tribunal reiteró que el municipio está facultado para crear los elementos del tributo y, adicionalmente, que en la demanda no se indicó con claridad cuáles son las causas o hechos por los que la citada norma desborda los límites de la legislación presuntamente vulnerada; que, además no probó la transgresión de la Ley 97 de 1913.

El apelante reiteró que el acto demandado violó el principio de legalidad del tributo, por cuanto en los apartes demandados se establecieron hechos generadores del impuesto de alumbrado público que son ajenos al hecho imponible contenido en la Ley 97 de 1913, por las siguientes razones:

Que la Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público como un impuesto indirecto, que grava la prestación del servicio de alumbrado público y no el ingreso ni el patrimonio del sujeto gravado. No obstante, en los apartes demandados se dispone que el impuesto se causa por el hecho de ser empresa prestadora de servicios públicos o ser propietario, usufructuario, arrendatario y operador de subestaciones de energía eléctrica y no se tiene en cuenta el consumo o la situación real del sujeto pasivo frente al tributo.

Vulneración de los principios de equidad e igualdad

Reiteró que se vulneran los principios de equidad e igualdad, por cuanto estos apartes miden la capacidad contributiva de forma que no refleja cual es la situación real de los eventuales sujetos pasivos o contribuyentes y la situación así generada es inequitativa con los sujetos pasivos gravados.

A su juicio, la aplicación correcta de estos principios no permite crear diferenciaciones artificiosas que permitan, bajo una supuesta mayor capacidad contributiva, gravar con una tarifa mayor a unos sujetos pasivos frente a otros, por cuanto los usuarios del servicio están en igualdad de condiciones frente a los demás usuarios reales o potenciales.

Insuficiente e indebida motivación del acto acusado

Alegó que existe una insuficiente e indebida motivación del acto acusado por cuanto el municipio de Zona Bananera no puede determinar que ciertos sujetos pasivos se clasifiquen como sujetos especiales, imponiéndoles una carga tributaria mayor, para poder recaudar lo necesario, sin existir un fundamento con bases ciertas y reales. Por tal razón, al no haber realizado dicho estudio y al no haber señalado en el texto del acuerdo demandado que éste se realizó, hay una insuficiente e indebida motivación del acto acusado.

Que la simple mención de la Resolución CREG 043 de 1995 no es suficiente porque el municipio demandado debió determinar y explicar cuál era el costo por el suministro y el mantenimiento del servicio de alumbrado público, para así fijar un impuesto que consultara los costos reales del servicio, razón por la cual, el acto acusado es nulo por indebida e insuficiente motivación.

Violación de los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo por reproducción de actos que se encuentran anulados

Dijo el demandante que según el Tribunal, no procede el cargo por cuanto la nulidad fue declarada con posterioridad a la expedición del Acuerdo 008 de 2009.

Según el apelante, se violan los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo por cuanto se reprodujo un acto que se encontraba anulado, sin que hubieran *“desaparecido los fundamentos legales de la anulación”*, toda vez que el Acuerdo 008 de 2009 reproduce los acuerdos previos del municipio de Zona Bananera que fueron anulados mediante sentencia ejecutoriada expedida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Manifestó que se debe tener en cuenta que pueden existir cambios jurisprudenciales al respecto y así la sentencia inicial hubiese sido emitida en fecha posterior a la de expedición del Acuerdo 008 de 2009, una cosa es la ley como fuente del derecho tributario y otra es la jurisprudencia, que no es un criterio vinculante para resolver el proceso.

Expresó que se debe recordar que el texto acusado ya fue anulado y que las condiciones legales no han cambiado, pues el acto se expidió con fundamento en la Ley 97 de 1913.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

1.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicitó que se confirme la sentencia apelada, por las siguientes razones:

En cuanto al cargo relativo a la alegada violación al principio de legalidad por indefinición de los elementos del tributo por parte del legislador y la consecuente falta de competencia del Concejo Municipal de Zona Bananera para fijarlos conceptuó lo siguiente:

Para la Procuraduría no es de recibo este cargo, teniendo en cuenta el cambio de posición jurisprudencial del Consejo de Estado³, según el cual es viable que los concejos municipales fijen los elementos de la obligación tributaria, cuando la ley que crea el tributo no lo haga, criterio que se

³ Sentencia del 9 de julio de 2009, exp. 16544 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

encuentra acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ que declaró exequible el literal d) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913.

Adicionalmente, la nueva posición de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se encuentra en armonía con las normas legales⁵ que autorizaron a los concejos municipales la creación del impuesto de alumbrado público y con las normas constitucionales que otorgan las correspondientes facultades fiscales a las entidades territoriales.

En cuanto a la alegada violación a los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva por cuanto, según el apelante, el acuerdo demandado grava a las empresas prestadoras de servicios públicos por un hecho generador y una base gravable diferente que resulta más alta que la aplicada a otros usuarios industriales y/o comerciales, observó lo siguiente:

No existe precisión en el fundamento del cargo propuesto por cuanto en primer lugar, se trata de empresas que forman parte del grupo a quienes no se les puede determinar el consumo mensual de energía eléctrica, característica que no ha sido desvirtuada. Por tal razón, no se puede reclamar que a las empresas de servicios públicos le sean aplicadas las tarifas sobre una base gravable igual a la de las empresas industriales y comerciales que sí consumen energía eléctrica domiciliaria.

Tampoco es aceptable concluir, como lo hace el demandante, que como estas empresas no consumen energía eléctrica domiciliaria, no se benefician del servicio de alumbrado público, pues no se debe confundir el hecho gravable con una de las bases gravables tomadas para liquidar el impuesto.

⁴ Sentencia C-504 de 2002

⁵ Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915

Respecto a la alegada violación del artículo 24.1⁶ de la Ley 142 de 1994, se observa que siendo aplicable el impuesto de alumbrado público al sector comercial e industrial, lo es también a las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin que ello implique doble tributación.

El demandante Insistió en que el acuerdo acusado incumple el límite impuesto por el parágrafo 2º del artículo 9º de la Resolución CREG 43 de 1995 y por el artículo 9º del Decreto 2424 de 2006.

Para el Ministerio Público no es aceptable pretender que la Resolución CREG 43 de 1995⁷ constituya un límite para el ejercicio de la facultad impositiva de los municipios, derivada de la Constitución y la ley.

Según el artículo 9 del Decreto 2424 de 2006, la limitación está encaminada al cobro del impuesto en las facturas de los servicios públicos, para lo cual exige que el valor del impuesto equivalga al valor del costo de la prestación del servicio de alumbrado público.

El límite aludido en nada restringe la facultad legislativa de los concejos municipales para fijar los elementos del tributo.

En cuanto a la violación de los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo, el apelante no desvirtuó los fundamentos del *a quo* y, por el contrario, los confirmó, toda vez que los Acuerdos 011 de 2003 y 005 de 2004 fueron anulados el 30 de septiembre de 2009 y sólo a partir de esa

⁶ "Los departamentos y los municipios 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".

⁷ Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público".

fecha es posible acusar un acto expedido con posterioridad, de incorporar normas que han sido anuladas.

Por tanto, como el Acuerdo 008 demandado fue expedido el 14 de mayo de 2009, antes del pronunciamiento de nulidad de los mencionados acuerdos, no es procedente predicar que este acuerdo haya reproducido los textos anulados, cuando aún no tenían esa condición.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala decidir sobre la nulidad del Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Zona Bananera *“Por el cual se precisan los sujetos pasivos, bases gravables, se modifican y se ajustan las Tarifas de la tasa de Alumbrado Público Municipal de Zona Bananera, se conceden unas facultades, autorizaciones y se dictan otras disposiciones al Alcalde Municipal”*.

La Sala precisa que en la demanda se plantearon dos pretensiones: una principal o general encaminada a que se declare la nulidad de la totalidad del Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009, expedido por el Concejo Municipal de Zona Bananera. Y una pretensión subsidiaria con la que se pretende la nulidad del numeral 9.2.3⁸ del artículo 9 y el artículo 10⁹ del acuerdo

⁸ 9.2. TARIFA APLICABLE A QUIENES NO SE LES PUEDE DETERMINAR EL CONSUMO MENSUAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

[...]

9.2.3 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y/O DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Empresas oficiales, privadas o mixtas que operen o posean cualquier tipo de infraestructura en la jurisdicción del Municipio pagarán una tarifa mensual equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes (15 smlmv).

⁹ ARTÍCULO 10: En el evento que un mismo Contribuyente, aplique para dos (2) o más de las tarifas indicadas en este acuerdo, estará obligado a pagar el respectivo impuesto por una sola de ellas, aplicándose entonces la de mayor valor”.

mencionado. Para las dos pretensiones, el demandante alegó la violación de los principios de legalidad, equidad, igualdad y capacidad contributiva.

Se resolverá el asunto en el orden propuesto por el apelante así:

- **Violación al principio de legalidad por indefinición de los elementos del tributo por parte del legislador y la consecuente falta de competencia del concejo municipal para fijarlos.**

Según el apelante, los literales d) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y a) del artículo 1º de la Ley 84 de 1915 no contienen los elementos mínimos necesarios del tributo que autoriza crear, razón por la cual el Concejo Municipal carece de competencia para el efecto.

La Sala desestima el recurso interpuesto por cuanto, conforme se aprecia en el concepto de la violación, la demandante está de acuerdo en que tanto el Congreso de la República como las asambleas departamentales y los concejos municipales regulen, a su juicio, de manera concurrente, los impuestos territoriales, en el entendido de que sea la ley la que cree el tributo y establezca los elementos del impuesto, y los concejos y las asambleas “voten” o “decreten” esos mismos impuestos en la jurisdicción territorial. Ese argumento sólo dista del que ha expuesto la Sección últimamente en el sentido de que los concejos municipales también pueden fijar los elementos del impuesto territorial cuando la ley que autorizó crear el tributo no fijó o fijó tan solo alguno de los elementos.

La inconformidad del demandante, entiende la Sala, radica en el hecho de que, a su juicio, las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 son inaplicables en la

actualidad, ora porque no fijaron los elementos del impuesto de alumbrado público, ora porque carecen de legitimidad al amparo de la Constitución de 1991.

La Sala discrepa de las razones aducidas por el demandante, por cuanto fue la misma Corte Constitucional la que, en la sentencia C-504 de 2002, declaró exequible el literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 con fundamento en que, precisamente, el artículo 338 de la Carta Política faculta a los concejos municipales para fijar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la citada ley. Dijo la Corte:

“(...) tal como lo ha venido entendiendo esta Corporación, el artículo 338 superior constituye el marco rector de toda competencia impositiva de orden nacional o territorial, a cuyos fines concurren primeramente los principios de legalidad y certeza del tributo, tan caros a la representación popular y a la concreción de la autonomía de las entidades territoriales.

Ese precepto entraña una escala de competencias que en forma directamente proporcional a los niveles nacional y territorial le permiten al Congreso de la República, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales imponer tributos fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas. En consecuencia con ello el artículo 313-4 constitucional prevé el ejercicio de las potestades impositivas de las asambleas y concejos al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política y la ley, siempre y cuanta ésta no vulnere el núcleo esencial que informa la autonomía territorial de los departamentos, municipios y distritos.

(...)

Destacando en todo caso que mientras el Congreso tiene la potestad exclusiva para fijar todos los elementos de los tributos de carácter nacional; en lo atinente a tributos del orden territorial debe como mínimo crear o autorizar la creación de los mismos, pudiendo a lo sumo establecer algunos de sus elementos, tales como el sujeto activos y el sujeto pasivo, al propio tiempo que le respeta a las asambleas y concejos la competencia para fijar los demás elementos impositivos, y claro, en orden a preservar la autonomía fiscal que la Constitución le otorga a las entidades territoriales. Es decir, en la hipótesis de los tributos territoriales el Congreso de la República no puede establecerlo todo.

(...)

Al respecto nótese cómo la norma establece válidamente el sujeto activo y algunos sujetos pasivos –empresas de luz eléctrica y de gas-, y los hechos gravables,

dejando al resorte del Concejo de Bogotá la determinación de los demás sujetos pasivos y de las tarifas”.

Las sentencias que dicta la Corte Constitucional, en ejercicio de la función de guardiana de la Constitución Política, constituyen precedente no solo vinculante sino obligatorio para todos los funcionarios judiciales y la comunidad en general.¹⁰

La citada sentencia fue acogida por esta Sección en la sentencia del 9 de julio de 2009¹¹, la que retomó los planteamientos generales sobre la potestad impositiva de las entidades territoriales que ya había expuesto la Sala en otra oportunidad, concretamente en la sentencia del 15 de octubre de 1999,(Exp. 9456) en la que se precisó que *“(…) en virtud del denominado principio de “predeterminación”, el señalamiento de los elementos objetos de la obligación tributaria debe hacerse exclusivamente por parte de los organismos de representación popular, en la forma consagrada en el artículo 338 de la Constitución, que asignó de manera excluyente y directa a la ley, la ordenanza o el acuerdo la definición y regulación de los elementos estructurales de la obligación impositiva, al conferirles la función indelegable de señalar “directamente” en sus actos: los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos”.*

También, se acogió de la sentencia citada que, *“(…) creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, **corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular**”.* (Negrilla fuera de texto).

¹⁰ Artículos 230 y 243 de la Constitución Política y sentencia C-539 de 2011 de la Corte Constitucional. Y sobre los efectos de las sentencias de exequibilidad de la Corte Constitucional, artículo 45 de la Ley 270 de 1996 y sentencia C-444 de 2011, entre otras.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá, D.C. nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544).

La Sala se apartó de las sentencias del 11 de diciembre de 2008 y del 17 de julio de 2008 porque desconocieron el precedente judicial vinculante y obligatorio de la Corte Constitucional. Y, por eso, con fundamento en la doctrina judicial expuesta, ha venido reiterando que acuerdos como el demandado no son nulos, fundamentalmente, porque:

- El artículo 338 de la Constitución Política le otorgó autonomía a los municipios para fijar los elementos del impuesto.
- El artículo 1 de la Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público y mediante la Ley 84 de 1915 facultó a los concejos municipales para fijar los elementos del impuesto.
- La ley que crea o autoriza la creación de un tributo territorial debe gozar de tal precisión que acompase la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, en orden a desarrollar el principio de igualdad frente a las cargas públicas dentro de un marco equitativo, eficiente y progresivo.
- La norma municipal que desarrolle la autorización legal debe tener relación con el hecho imponible, o que se derive de él, o se relacione con éste.
- El precedente jurisprudencial del Consejo de Estado ha sido rectificado, en virtud de la sentencia C-504 de 2002.

Por lo expuesto, no le asiste la razón al demandante cuando señala que el Acuerdo 008 del 14 de mayo de 2009 es nulo por la falta de competencia del

Concejo Municipal de Zona Bananera, pues es claro que ese concejo contaba con la autorización de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 para adoptar el impuesto de alumbrado público en su jurisdicción. Por ende, resulta acertada la posición que adoptó el Tribunal. No prospera el cargo.

- **Pretensión subsidiaria. Nulidad del numeral 9.2.3 del artículo 9 y del artículo 10 del acuerdo mencionado, por violación a los principios de legalidad, equidad e igualdad.**

Según el apelante, el acuerdo demandado estableció hechos generadores ajenos al hecho imponible contenido en la Ley 97 de 1913, en cuanto no tiene en cuenta el consumo o la situación real del sujeto pasivo frente al tributo.

Observa la Sala que los apartes demandados señalan lo siguiente:

ARTÍCULO 9º: El impuesto al servicio de alumbrado público, se cobrará mensualmente para todos los sectores y estratos, teniendo en cuenta los siguientes esquemas tarifarios:

[...]

9.2. TARIFA APLICABLE A QUIENES NO SE LES PUEDE DETERMINAR EL CONSUMO MENSUAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

[...]

9.2.3 EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y/O DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. Empresas oficiales, privadas o mixtas que operen o posean cualquier tipo de infraestructura en la jurisdicción del Municipio pagarán una tarifa mensual equivalente a quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes (15 smlmv).

[...]

ARTÍCULO 10: En el evento que un mismo Contribuyente, aplique para dos (2) o más de las tarifas indicadas en este acuerdo, estará obligado a pagar el respectivo impuesto por una sola de ellas, aplicándose entonces la de mayor valor

El hecho generador del impuesto es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo; es el supuesto de hecho que, por ser indicativo de capacidad económica, ha sido seleccionado por el legislador para vincular a su realización el nacimiento de una obligación de pago de un tributo.

La doctrina ha precisado que el hecho generador está compuesto necesariamente por un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El elemento objetivo corresponde al hecho en sí mismo considerado y el elemento subjetivo a la conexidad de ese hecho con un sujeto en la medida en que lo ejecuta o realiza. Dentro del elemento objetivo también se ha considerado que es posible diferenciar un aspecto material o cualitativo que hace alusión al propio hecho que el legislador previó como generador del impuesto; un aspecto espacial que tiene que ver con la jurisdicción territorial en donde se realiza el hecho, el aspecto temporal que tiene que ver con el momento en que nace la obligación, más conocido como causación y, el aspecto cuantitativo que permite medir “*la magnitud cuantitativa del hecho generador*”¹²

Se ha precisado también que es menester distinguir el hecho generador del objeto del tributo u objeto imponible.¹³

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ. Bogotá, D.C., diecisiete de julio de dos mil ocho (2008) . Radicación número: 07001-23-15-000-2005-00203-01(16170). Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA E.S.P..Demandado: MUNICIPIO DE SARAVENA

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, 3 de diciembre de 2009. Expediente 16527. Actor: Protabaco. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Tratándose del impuesto de alumbrado público, la Sala considera que el artículo 1 de la Ley 97 de 1913 fijó como objeto imponible el servicio de alumbrado público. El hecho generador, por otra parte, se ha venido decantando a partir de la regulación que, sobre el particular, han proferido autoridades nacionales como la CREG y el Ministerio de Minas y Energía.

Cuando se ha analizado el aspecto material del hecho generador del impuesto al servicio de alumbrado público, no ha sido pacífica la controversia sobre cuál es el hecho, acontecimiento material, acto o negocio jurídico, estado o situación de una persona o actividad de un sujeto, que concreta la manifestación de riqueza que se quiere gravar.

Sólo a partir de la expedición de las Leyes 142 y 143 de 1994 empieza a decantarse una definición de “*servicio de alumbrado público*” a efectos de regular el suministro y cobro por parte de comercializadores de energía a los municipios por el servicio de energía eléctrica que se destina para alumbrado público y para establecer el costo máximo del servicio.

La Resolución CREG 043 de 1995 definió el servicio de alumbrado público como “*(...) la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos*

instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.”

En similar sentido, el Decreto 2424 de 2006 definió al servicio de alumbrado público como *“el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.”*

A partir de las anteriores definiciones, en sentencia proferida el 17 de julio de 2008¹⁴, la Sección dijo que las normas transcritas *“no permiten identificar el objeto del tributo, es decir, la acción, los bienes o los derechos a los que se les impone el gravamen”*. Que *“tampoco puede identificarse el vínculo que puede unir al sujeto pasivo con el objeto del tributo para que resulte obligado a sufragar el impuesto.”* Que *“si el hecho generador es la iluminación de espacios de libre circulación, no hay claridad sobre lo que se pretende gravar.”* Que *“si se dijera que es el simple tránsito por dichos lugares, no hay certidumbre sobre cuál es el indicador de capacidad contributiva. Si por el contrario es la propiedad de un bien inmueble o la realización de actividades dentro del municipio, no es evidente su relación con la iluminación de bienes de uso público.”* Que *“tampoco puede considerarse como el costo del servicio ni como retribución por el beneficio obtenido, pues, no es posible identificar a*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ. Bogotá, D.C., diecisiete de julio de dos mil ocho (2008) .Radicación número: 07001-23-15-000-2005-00203-01(16170). Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA E.S.P. Demandado: MUNICIPIO DE SARAVERENA.

la persona que percibe directamente el servicio de alumbrado y en particular la manera de determinar la proporción del beneficio.”

Contrario a lo que se dijo en la citada providencia, esta Sala considera que el servicio de alumbrado público es un derecho colectivo que los municipios tienen el deber de suministrar de manera eficiente y oportuna y, a su vez, la colectividad tiene el deber de contribuir a financiar para garantizar su sostenibilidad y expansión.

En ese orden de ideas, como se precisó anteriormente, el objeto imponible es el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo genera es el ser usuario potencial¹⁵ receptor de ese servicio.

En ese contexto, “*el contenido económico*” inmerso en el hecho generador y la “*capacidad contributiva*” del potencial usuario no es evidente, porque, precisamente, la mayor dificultad que ofrece la regulación del impuesto al servicio de alumbrado público es la cualificación del sujeto pasivo, la determinación del momento en que nace la obligación a su cargo y, por ende, la determinación de la magnitud cuantitativa del hecho generador con la que se pretende sufragar el costo del servicio.

Lo anterior justifica la disparidad de fórmulas que han adoptado los concejos municipales al regular el impuesto al servicio de alumbrado público y, por eso, es necesario analizar cada caso concreto a efectos de verificar que la regulación que se cuestiona tenga una referencia a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él, o se relacione con éste. ¹⁶

¹⁵ DRAE. DEFINICIÓN DE POTENCIAL 4. adj. Que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencias del 13 de noviembre de 1998, exp. 9124, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo, y del 11 de septiembre de 2006. exp. 15344, M.P. Ligia López Díaz.

Una de las fórmulas que han adoptado los concejos municipales es la de asociar el servicio de alumbrado público con el servicio domiciliario de energía eléctrica porque el alumbrado público forma parte del Sistema Interconectado Nacional y comparte con el servicio público domiciliario de energía eléctrica, el sistema de transmisión nacional y los sistemas de distribución.

Bajo estos presupuestos, el sujeto pasivo del impuesto, el nacimiento de la obligación tributaria (causación) y la magnitud del impuesto (base gravable y tarifa) coinciden con el usuario del servicio público domiciliario de energía eléctrica, con la facturación que se le formula a ese usuario y con la cantidad de kv que consume.

Esta es la fórmula que eligió el municipio de Zona Bananera en el artículo 9º del Acuerdo demandado para gravar dentro de la jurisdicción territorial del municipio a los usuarios potenciales del servicio de alumbrado público.

Lo que cuestiona el demandante es que el municipio no fue consecuente con esta fórmula y en el mismo artículo 9, en el numeral 9.2.3 determinó a las empresas de servicios públicos y/o servicios públicos domiciliarios una tarifa fija mensual consistente en 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes por el hecho de que no se les puede determinar el consumo mensual de energía eléctrica.

Para la Sala, en términos generales, ese factor de medición de la base gravable o, si se quiere, de liquidación particular, puede ser fijo o variable, ya sea que se exprese en una determinada suma de dinero, ora que se comprenda entre un máximo y un mínimo ajustado a la magnitud de la base gravable. Así mismo, las tarifas pueden expresarse en porcentajes fijos,

proporcionales (el tributo crece en forma proporcional al incremento de la base), o progresivos (aumentan en la medida en que se incrementa la base gravable)¹⁷.

En el impuesto de alumbrado público, “el contenido económico” inmerso en el hecho generador y la “capacidad contributiva” del potencial usuario no es evidente, y, por lo mismo, los entes territoriales acuden a distintas fórmulas que, por supuesto, deben referir a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se deriven de él, o se relacionen con éste.

A su vez, el Decreto 2424 de 2006, por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas la función de establecer una metodología para la determinación de los costos máximos que deben aplicar los municipios o distritos para remunerar a los prestadores del servicio, así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público¹⁸.

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995 señaló que los municipios no pueden recuperar más de los usuarios que lo que pagan por el servicio, incluida la expansión y el mantenimiento.

Desde esta perspectiva, se ha considerado que no se vulnera el artículo 338 de la Carta Política, en tanto las tarifas sean razonables y proporcionales con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, sin

¹⁷ Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 10 de marzo de 2010, exp. 18141 C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

¹⁸ **Artículo 10. Metodología para la determinación de Costos Máximos.** Con base en lo dispuesto en los Literales c) y e) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá una metodología para la determinación de los costos máximos que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público. **Parágrafo.** Para el suministro de energía con destino al alumbrado público se podrá adoptar por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG un régimen de libertad de precios o libertad regulada, de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 142 de 1994, y demás normas que la modifiquen, adicionen o complementen.

desconocer que la determinación de los costos reales y su redistribución entre los potenciales usuarios no es uniforme en la práctica, dadas las condiciones particulares de cada entidad territorial.

Según las premisas anteriores, vistas desde la perspectiva de los cargos de nulidad, no advierte la Sala ningún vicio que invalide los numerales 9.2.3 del artículo 9 y el artículo 10 del Acuerdo Municipal demandado, pues la categorización del consumo de energía eléctrica para las empresas de servicios públicos y/o de servicios públicos domiciliarios que incluyen empresas oficiales, privadas o mixtas que operen o posean cualquier tipo de infraestructura en el municipio es, en principio, un parámetro de medición admisible para establecer la base gravable del impuesto respecto de tales sujetos pasivos, por tener ellos una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio de alumbrado público. Cabe pues la diferenciación que ciertamente integra las dimensiones propias del hecho imponible.

Por lo demás, la demandante no suministró explicaciones ni pruebas idóneas para cuestionar la tarifa dispuesta, ni demostró que esas tarifas no hayan consultado la capacidad económica de los sujetos pasivos afectados por las mismas, o que su fijación haya estado desprovista de estudios técnicos sobre costos y beneficios. Es claro que tal actividad probatoria resultaba innata al derecho de acción de quien acude al aparato judicial para desvirtuar la presunción de legalidad que reviste a las disposiciones acusadas. No prospera el cargo.

- **Insuficiente e indebida motivación del acto acusado.**

Según el apelante, la simple mención de la Resolución CREG 043 de 1995 no es suficiente, por cuanto el municipio demandado debió determinar y explicar cuánto le costaba cubrir el costo y mantenimiento del servicio de alumbrado público, para así fijar un impuesto que consultara los costos reales del servicio, razón por la cual el acto acusado es nulo por indebida e insuficiente motivación.

La Sala reitera que respecto del aspecto cuantitativo, la determinación de los costos reales del servicio y la redistribución entre los potenciales usuarios, en la práctica no son uniformes, dadas las dificultades que conlleva esa tarea por las particulares condiciones de las entidades territoriales. Por eso, mediante el Decreto 2424 de 2006, por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, el gobierno nacional dispuso que le corresponde a la CREG establecer una metodología para la determinación de “*los costos máximos*” que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público.¹⁹

De ahí que la CREG, en reiterada doctrina²⁰, recuerde que “*los municipios no pueden recuperar de los usuarios mas de lo que paga por el servicio, incluida la expansión y el mantenimiento*”, límite que fijó el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995.²¹

¹⁹ **Artículo 10. Metodología para la determinación de Costos Máximos.** Con base en lo dispuesto en los Literales c) y e) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá una metodología para la determinación de los costos máximos que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público.
Parágrafo. Para el suministro de energía con destino al alumbrado público se podrá adoptar por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG un régimen de libertad de precios o libertad regulada, de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 142 de 1994, y demás normas que la modifiquen, adicionen o complementen.

²⁰ Ver entre otros, el concepto MMECREG-0650 del 21 de febrero de 2001 y el concepto MMECREG-065 del 16 de enero de 1997.

²¹ “Artículo 9º. Mecanismo de recaudo. El municipio es responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio. Este podrá celebrar convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los usuarios, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras.

En consecuencia, en tanto sean razonables y proporcionales las tarifas con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, no se vulnera el artículo 338 de la Carta Política.

Adicionalmente se advierte que la Sección ha precisado que frente a una posible desproporción tarifaria o falta de equidad y progresividad entre los diferentes sectores para los que se establece el impuesto de alumbrado público, no bastaría con indicar que las tarifas diferenciales entre distintos sectores, como ocurre en este caso, violan los principios tributarios antes señalados, pues tendría que estar demostrado que el ente territorial recupera más de lo que le cuesta prestar el servicio²² o que, en efecto, se pruebe la desproporción concreta que no consulte la capacidad tributaria frente a determinados contribuyentes, aspecto que no está probado en el *sub examine*, amén de que el hecho de que la tarifa impuesta en el acto demandado se haya establecido como tarifa fija y no como variable, tampoco determina *per se* la violación de los principios tributarios²³. No prospera el cargo.

- **Violación de los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo por reproducción de actos que se encuentran anulados.**

Parágrafo 1º. Los convenios estipularán la forma de manejo y administración de dichos recursos por parte de las empresas de servicios públicos. Estas no asumirán obligaciones por manejo de cartera, y en todo caso, el municipio les cancelará la totalidad de la deuda por el servicio de alumbrado público, dentro de los períodos señalados para tal fin.

Parágrafo 2º. El municipio no podrá recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento.” (negrilla fuera de texto)

²² El parágrafo 2 del artículo 9º de la Resolución CREG 043 de 1995, en relación con el servicio de alumbrado público, prevé que “el municipio no podrá recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo la expansión y mantenimiento”. De acuerdo con el parágrafo del artículo 10 del Decreto 2424 de 2006 corresponde a la CREG establecer una metodología para la determinación de los “costos máximos” que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público.

²³ Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 27 de marzo de 2014, exp. 19050 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Según el apelante, se violan los artículos 158 y 175 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto se reprodujo un acto que se encontraba anulado sin que hubieran “desaparecido los fundamentos legales de la anulación”, toda vez que el Acuerdo 008 de 2009 reproduce dos acuerdos previos del municipio de Zona Bananera que fueron anulados mediante sentencia ejecutoriada expedida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

El artículo 158 del Código Contencioso Administrativo dispone:

“ARTICULO 158. REPRODUCCIÓN DEL ACTO SUSPENDIDO. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó, si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma Corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos.

(...)

La anterior disposición consagra la posibilidad de pedir ante el juez contencioso administrativo que se verifique si un acto que ha sido anulado o suspendido por esta jurisdicción, ha sido reproducido por la misma autoridad administrativa; lo anterior con el objeto de evitar que se desconozcan las decisiones jurisdiccionales de suspensión o anulación

de los actos administrativos²⁴. Además del texto de la disposición se establece que este mecanismo protector procede, «*sea que exista o no proceso pendiente sobre la anulación del acto original*»²⁵.

Ahora bien, para que se establezca que un acto anulado o suspendido ha sido reproducido, deben reunirse los siguientes requisitos:

- 1) La existencia de un acto administrativo que haya sido anulado o suspendido;
- 2) La reproducción de ese mismo acto, conservando la esencia de las disposiciones anuladas o suspendidas;
- 3) Que quien lo reproduzca sea el mismo funcionario que haya proferido el acto inicial anulado o suspendido;
- 4) Que no hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Se observa que en el caso concreto las normas que se alegan reproducidas por el acto demandado son el Acuerdo 011 del 29 de agosto de 2003, proferido por el Concejo Municipal de Zona Bananera, “por el cual se establece la Tasa de Alumbrado Público para el Municipio de Zona Bananera y se dictan otras disposiciones y el Acuerdo No. 005 del 19 de agosto de 2004, proferido por el mismo Concejo Municipal, por medio del cual se modifica el Acuerdo 011 de 2003.

Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2009 el Tribunal Administrativo del Magdalena anuló los acuerdos demandados, providencia que quedó

²⁴ Con fundamento en la violación del artículo 158 C.C.A., la Sala ha decidido demandas de nulidad, entre las cuales pueden citarse las sentencias de 7 de septiembre de 2001, Exp. 11632, M.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, de 12 de junio de 2003, Exp. 12828, M.P. Dr. Germán Ayala Mantilla, de 18 de marzo de 2010, Exp. 16971 (Acumulados), M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia (E).

²⁵ ABELLA ZÁRATE, Jaime. Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria. Bogotá : LEGIS. 1999, p. 91.

ejecutoriada el 15 de octubre de 2009²⁶, en consecuencia, solo a partir de esta fecha es posible acusar un acto, expedido con posterioridad, de incorporar normas que han sido anuladas.

Toda vez que el Acuerdo 008 fue expedido el 14 de mayo de 2009, esto es, antes de ser proferida la sentencia que declaró la alegada nulidad, no se configura la pretendida reproducción de actos anulados.

En el mismo sentido se pronunció la Sala en el auto que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que negó la medida de suspensión provisional solicitada contra el acto demandado²⁷. No prospera el cargo.

Bajo las precedentes consideraciones y al no encontrarse configurados los cargos de apelación, procede la confirmación de la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

²⁶ Folio 157 exp.

²⁷ Folio 100 c.a.

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

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS

BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE

VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE

RODRÍGUEZ