



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Bogotá D.C. (2) dos de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 470012331000201100249 01 (20287)
Demandante: ROCIO CRISTINA AGUANCHE BAUTE
Demandado: MUNICIPIO DE EL BANCO – MAGDALENA

Decide la Sala el recurso de apelación¹ interpuesto por la demandante contra la sentencia del 16 de mayo de 2012², proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que negó las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad simple previsto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Acto acusado

La actora demandó la nulidad de los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo 004 de septiembre 4 de 2010 del Concejo Municipal de El Banco Magdalena-Magdalena, que expresa³:

¹ Folios 116 a 133 de cuaderno principal

² Folios 104 a 112 del cuaderno principal

³ Folios 1 a 31 del cuaderno principal



"POR EL CUAL SE ESTABLECEN LOS ELEMENTOS DEL TRIBUTO DE ALUMBRADO PUBLICO EN EL MUNICIPIO DE EL BANCO, MAGDALENA"

El Honorable Concejo Municipal de EL Banco, en uso de sus facultades Constitucionales y Legales, y en especial las conferidas en los artículos 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, Leyes 97 de 1913, y 84 de 1915, artículo 32 numeral 7º de la Ley 136 de 1994, y por las Resoluciones CREG 043 de 1996, 043 de 1996, 88 de 1996, 076 de 1997 y 70 de 1998 y

CONSIDERANDO:

1.- Que el impuesto de alumbrado público es un tributo creado por mandato legal mediante la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, disposiciones que crearon el impuesto de alumbrado público, y a su vez facultaron a las entidades territoriales para que con fundamento en los principios de reserva legal, legalidad y autonomía administrativa y territorial adoptaran el impuesto de alumbrado público, así como los elementos que delinear la obligación tributaria di impuesto.

2.- Que la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915, disposiciones que establecieron la creación del impuesto de alumbrado público, tales normas impositivas fueron estudiadas por la Corte Constitucional mediante las sentencia C- 054 de 2002 y C - 1043 de 2003, fallos de constitucionalidad donde el órgano de cierre constitucional se pronunció sobre la exequilidad del impuesto de alumbrado público con la constitución y con el resto del ordenamiento jurídico Colombiano.

3 - Que el Consejo de Estado, Sección Cuarta, a través de la sentencia adiadadas Julio 09 de 2009 (Rad. 16544) y Agosto 06 de 2009 (Rad. 16315), donde el alto tribunal administrativo confirió facultades a las corporaciones edilicias para que fijen los elementos estructurales del tributo de alumbrado público y otros.



4.- Que de conformidad con el artículo 338 Constitucional el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales son los órganos de representación plural que cuentan de manera exclusiva con la facultad impositiva, es decir que tal potestad y/o facultad solo recae sobre tales corporaciones públicas.

5.-Que los Concejos Distritales y Municipales tienen la facultad de conformidad con el artículo 313 numeral 4, para adoptar los tributos locales para lograr el financiamiento de las cargas públicas con que cuenta la entidad territorial

6.- Que la Ley 136 de 1994, en su artículo 32 numeral 7º consagra que los Concejos Municipales, tienen como funciones de carácter legal, establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones impuestos, sobretasas, de acuerdo a los parámetros entregados por la constitución y la ley.

Que por las consideraciones anteriores.

ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: REGLAMENTACIÓN: Regláméntese en el Municipio de El Banco el impuesto de alumbrado público creado por las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, su método y sistema de recaudo y el establecimiento de su estructura tributaria.

ARTÍCULO SEGUNDO: CREACIÓN LEGAL Y NOCIÓN DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO: El Impuesto de alumbrado público es un tributo de creación legal que surge al tenor de las leyes,



Ley 97 de 1913 y 84 de 1915, donde se les entregan las facultades a los Concejos Distritales y Municipales, con la finalidad que adopten el citado impuesto para el cumplimiento de las cargas públicas que tenga estrecha relación con la prestación eficiente y óptima del servicio de alumbrado público.

PARÁGRAFO: *En cuanto al procedimiento aplicable a las etapas de fiscalización, determinación, liquidación y cobro coactivo se regulará por el Estatuto Tributario Municipal de El Banco y en los aspectos no regulados por este, se le dará aplicación a las disposiciones del Estatuto Tributario Nacional.*

ARTÍCULO TERCERO: PRINCIPIOS RECTORES DEL TRIBUTO: *Este tributo está sujeto a los siguientes principios:*

- 1. Suficiencia Financiera.** *El tributo debe ser suficiente para afrontar los componentes de la prestación del servicio.*
- 2. Progresividad.** *Con el fin de establecer mayor carga tributaria para los contribuyente que posean mayor capacidad económica. Esto es, que cada quien contribuya de acuerdo con su capacidad contributiva o económica.*
- 3. Destinación exclusiva y autonomía.** *Los ingresos por este tributo se deben administrar con destinación específica y solo para los fines previstos, al igual que serán administrados con autonomía por parte de las entidades directas o contratadas para la prestación del servicio de alumbrado público que perciban su recaudo y presten el servicio.*
- 4. Estabilidad Jurídica.** *Fijado un esquema del soporte del tributo para el desarrollo y como sustento de un proceso de inversión o modernización del sistema de Alumbrado Público, no se podrán alterar las reglas contributivas en detrimento del modelo, ni del equilibrio financiero - contractual.*

ARTÍCULO CUARTO: ELEMENTOS DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA:

Son elementos de la obligación tributaria los siguientes:



SUJETO ACTIVO: *Es sujeto activo del impuesto de alumbrado público el Municipio de El Banco, por tener ser un impuesto territorial, y a su vez por haber sido adoptado por el Municipio, el sujeto activo tiene las potestades y facultades para ejercer la liquidación, facturación, revisión, cobro, recaudo de este impuesto, y ejercer la jurisdicción administrativa coactiva del mismo.*

SUJETO PASIVO: *Son sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, las personas naturales o jurídicas de los sectores residencial, industrial, comercial y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, los propietarios, tenedores o usufructuarios a cualquier título de los bienes inmuebles dotados de conexiones, plantas o subestaciones y/o líneas de transmisión de energía eléctrica, subestaciones de energía, generadores y/o auto generadores y aquellas personas naturales y/o jurídicas cuya finalidad sea prestar servicios de comunicaciones en el Municipio de El Banco, así como todas aquellas personas naturales y/o jurídicas que disponga de conexiones eléctricas o que cuenten con el servicio de energía eléctrica.*

HECHO IMPONIBLE: *Es la prestación de alumbrado público, por lo que la obligación de cancelar el impuesto de alumbrado público, por lo que la obligación de cancelar el impuesto de alumbrado público será de todos los contribuyentes que sean beneficiarios directos o indirectos de la prestación del servicio de alumbrado público en toda la jurisdicción del Municipio de EL BANCO, teniendo en cuenta que se trata de un servicio individual que se presta en todos los lugares de la municipalidad y que permite el transito y la libre circulación.*

BASE GRAVABLE: *Es el consumo mensual total de energía eléctrica, para los sectores residenciales, industriales, comerciales, oficiales, y de servicio. Para las líneas de transmisión nacional, regional y local, se establecerá un valor fijo dependiendo del nivel de tensión y/o voltaje de la energía que por ellas se transporte.*

Para las subestaciones de generación de energía eléctrica, independiente que sean generadores y/o auto-generadores se tendrá como base gravable la capacidad instalada para lo cual se les aplicará



un valor fijo, aplicado a la capacidad instalada y se establecerá una cuota fija mensual.

Para algunas categorías serán gravadas con una tarifa fija mensual, determinable en SMLMV.

ARTICULO QUINTO: TARIFA DEL IMPUESTO: *La tarifa del impuesto de alumbrado público se cobrará mensualmente a cada sujeto pasivo de manera uniforme, a través de las empresas comercializadora y/o distribuidoras de energía eléctrica que presten esos servicios en toda la jurisdicción del Municipio de El Banco, las cuales tendrán la obligación de liquidar, facturar y recaudar a todos sus usuarios, ya sean estos propietarios o tenedores a cualquier título de los bienes inmuebles dotados de conexiones eléctricas, plantas o subestaciones , líneas de transmisión de energía eléctrica. Las trifes del impuesto de alumbrado público están integradas por las categorías siguientes:*

I.CATEGORÍA RESIDENCIAL.

Las tarifas del impuesto de alumbrado público consistirán en un porcentaje uniforme que se cobrará a cada sujeto pasivo durante un mes. Para el cálculo de la tarifa se tendrá en cuenta el número de usuarios y su capacidad de pago. Para determinar las tarifas se tendrá en cuenta la siguiente tabla:

Est rat o	Valor a cobrar \$/mes
1	<i>5% sobre el valor bruto del consumo de energía. Base mínima \$858,00</i>
2	<i>6% sobre el valor bruto del consumo de energía. Base mínima \$1.030,00</i>
3	CATEGORIA RESIDENCIAL
4	<i>11% sobre el valor bruto del consumo de energía. Base mínima \$5.150,09</i>



5	13% sobre el valor bruto del consumo de energía. Base mínima \$6.866,80
6	15% sobre el valor bruto del consumo de energía. Base mínima \$8.580,00

PARÁGRAFO SEGUNDO: Estas mismas tarifas se aplicarán a todos aquellos bienes inmuebles rurales que cuenten con conexiones de energía eléctrica, y/o auto-consumidores, siempre y cuando exista la infraestructura física para la prestación del servicio de alumbrado público.

PARÁGRAFO TERCERO: Para efectuar el cobro del impuesto en el sector subnormal se tomará en cuenta la información que surja del contador o totalizador comunitario o de las estimaciones que realice el comercializador de energía que presta el servicio en el Municipio, para calcular el consumo energético del sector sub-normal aplicado a cada inmueble proporcional mente las tarifas descritas anteriormente para el estrato 1, a todos los usuarios que estén sujetos a este.

II. SECTOR COMERCIAL. Establézcase las tarifas del impuesto de alumbrado público para el sector comercial así: Para los usuarios regulados: 12% sobre el valor bruto del consumo de energía eléctrica mensual, sin incluir contribuciones ni subsidios, con una base mínima de \$12.466,09 mensuales y para el caso de los usuarios no regulados 12% sobre el valor bruto del consumo de energía eléctrica mensual, sin incluir contribuciones ni subsidios, con una base mínima de \$14.959,31.

III. CATEGORIA INDUSTRIAL. Establézcase las tarifas del impuesto de alumbrado público para el sector industrial, tanto para los usuarios regulados, como para los no regulados así: 12% sobre el valor bruto del consumo de energía eléctrica mensual, sin incluir contribuciones ni subsidios, incluyendo energía activa, energía reactiva y demanda máxima a la tarifa mayor vigente para la zona en el momento de facturación con una base mínima de \$62.330,44 mensuales.

IV. CATEGORÍA OFICIAL. : Establézcanse las tarifas del impuesto de alumbrado público para el sector oficial así: 12% sobre el valor bruto del consumo de energía eléctrica mensual, sin incluir contribuciones ni subsidios .

V. INSTALACIONES PROVISIONALES Y OTROS SECTORES. Establézcase para los usuarios provisionales y/o otros sectores consumidores de energía eléctrica no contemplados anteriormente una tarifa del quince por ciento (15%) sobre el valor del consumo mensual de energía eléctrica con un impuesto o base mínima de \$50.000 mensual.

VI. OTROS U OTRAS CONDICIONES. Las personas naturales o jurídicas y en general quien de manera permanente u ocasional se encuentre clasificado en la siguiente condición estará obligada al pago del impuesto de alumbrado público así:

A). Empresas o personas propietarias y/o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica con capacidad nominal mayor a Un (1) M VA cancelarán una suma mensual equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes liquidado según el siguiente rango:

Capacidad Nominal	Valor Equivalente
1MVA hasta 5MVA	5 SMLMV
Mayor de 5MVA hasta 20 MVA	10 SMLMV
Mayor de 20 MVA	15 SMLMV

B) Empresas o personas propietarias y/o usufructuarias de líneas de transmisión de energía cancelarán una suma mensual equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes liquidado según el siguiente rango:

Línea de Transmisión	Valor equivalente
Mayor a 34 Kv y menor a 220 kv	6 SMLMV
Igual o mayor a 220 kv	10 MLMV



C) Personas naturales o jurídicas cuya finalidad sea prestar servicios de comunicaciones o telecomunicaciones en el Municipio de El Banco, que tengan instaladas antenas en el Municipio, pagarán una tarifa equivalente al cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARAGRAFO PRIMERO: *Las tarifas anteriores que no se vean reajustadas automáticamente se ajustarán anualmente conforme al incremento del índice de precios al consumidor establecido legalmente por el DAÑE.*

(...)

De manera subsidiaria solicitó que se declare la nulidad de los siguientes apartes de los artículos 4 y 5 del acuerdo:

“ARTÍCULO CUARTO: ELEMENTOS DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA:

“(...)

BASE GRAVABLE: *Es el consumo mensual total de energía eléctrica, para los sectores residenciales, industriales, comerciales, oficiales, y de servicio. Para las líneas de transmisión nacional, regional y local, se establecerá un valor fijo dependiendo del nivel de tensión y/o voltaje de la energía que por ellas se transporte.*

Para las subestaciones de generación de energía eléctrica, independiente que sean generadores y/o auto-generadores se tendrá como base gravable la capacidad instalada para lo cual se les aplicará un valor fijo, aplicado a la capacidad instalada y se establecerá una cuota fija mensual.

Para algunas categorías serán gravadas con una tarifa fija mensual, determinable en SMLMV.

ARTICULO QUINTO: TARIFA DEL IMPUESTO: *La tarifa del impuesto de alumbrado público se cobrará mensualmente a cada sujeto pasivo de manera uniforme, a través de las empresas comercializadora y/o distribuidoras de energía eléctrica que presten esos servicios en toda la jurisdicción del Municipio de El Banco, las cuales tendrán la obligación de liquidar, facturar y recaudar a todos sus usuarios, ya sean estos propietarios o tenedores a cualquier título de los bienes inmuebles dotados de conexiones eléctricas, plantas o subestaciones , líneas de transmisión de energía eléctrica. Las trifas del impuesto de alumbrado público están integradas por las categorías siguientes:*

(...)

VI. OTROS U OTRAS CONDICIONES. *Las personas naturales o jurídicas y en general quien de manera permanente u ocasional se encuentre clasificado en la siguiente condición estará obligada al pago del impuesto de alumbrado público así:*

A). Empresas o personas propietarias y/o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica con capacidad nominal mayor a Un (1) M VA cancelarán una suma mensual equivalente en salarios mínimos

VIII. legales mensuales vigentes liquidado según el siguiente rango:

<i>Capacidad Nominal</i>	<i>Valor Equivalente</i>
<i>1MVA hasta 5MVA</i>	<i>5 SMLMV</i>
<i>Mayor de 5MVA hasta 20 MVA</i>	<i>10 SMLMV</i>
<i>Mayor de 20 MVA</i>	<i>15 SMLMV</i>

B) Empresas o personas propietarias y/o usufructuarias de líneas de transmisión de energía cancelarán una suma mensual equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes liquidado según el siguiente rango:



<i>Línea de Transmisión</i>	<i>Valor equivalente</i>
<i>Mayor a 34 Kv y menor a 220 kv</i>	<i>6 SMLMV</i>
<i>Igual o mayor a 220 kv</i>	<i>11 MLMV</i>

“(...)

PARAGRAFO PRIMERO: *Las tarifas anteriores que no se vean reajustadas automáticamente se ajustarán anualmente conforme al incremento del índice de precios al consumidor establecido legalmente por el DAÑE.”*

La demandante alegó que las disposiciones demandadas violan los siguientes artículos:

Artículos 13 inciso 1, 150 numeral 12, 287 numeral 3, 313 numeral 4, 338 y 363 de la Constitución Política.

Artículo 32 numeral 7 de la Ley 136 de 1994.

Artículo 1 literal d) de la Ley 97 de 1913, concordante con el artículo 1 literal a) de la Ley 84 de 1915.

Artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

Artículo 9 del Decreto Nacional 2424 de 2006.



Artículo 9 parágrafo 2 de la Resolución No 43 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG.

Sobre el concepto de la violación expuso, en síntesis, lo siguiente:

Violación del principio de legalidad

Indicó que según el principio constitucional de legalidad de los tributos, el Congreso de la República es la única corporación autorizada para establecer impuestos, tasas y contribuciones; que ni las Asambleas Departamentales ni Concejos Municipales pueden establecer tributos de manera autónoma, ya que solo pueden obrar en esta materia previa creación de los tributos por parte del Congreso o por autorización de este.

Señaló que la Ley no puede otorgar a las entidades territoriales una libertad absoluta para establecer a su arbitrio los elementos del tributo, sino que debe establecer el marco para que a través de sus asambleas y concejos desarrollen su facultad impositiva.

Manifestó que las asambleas y concejos deben acatar los principios de legalidad, equidad, igualdad y demás principios aplicables en materia tributaria.

Adujo que las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 se limitan a indicar que los municipios pueden crear el “*impuesto sobre el servicio de alumbrado público*”, pero no precisan ninguno de los elementos del mismo, propiciando



la violación del principio de legalidad del tributo. Aseguró que ante el silencio de las leyes, sin tener certeza sobre los elementos del tributo, es evidente que los artículos 1 a 5 del Acuerdo 004 de 2010 se oponen a los artículos 1, 150 numeral 12, 287 numeral 3, 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política.

Hizo referencia a sentencia del Consejo de Estado⁴, según la cual se evidencia que solo la Ley puede crear Impuestos o autorizar su creación delimitando el hecho gravado, y los entes departamentales y municipales solo tienen autonomía para adoptarlos y fijar los elementos de la obligación tributaria. Preciso que la violación ocurre, porque las leyes que crearon el tributo, no fijaron los elementos mínimos necesarios para que los municipios pudieran adoptarlo. Señaló que el Consejo de Estado ha ratificado esta posición.

Propuso una violación subsidiaria del artículo 4 incisos 2 y 3 y artículo 5 del Acuerdo 004 de 2010, debido a que fijan los elementos del tributo, en particular el hecho generador y la base gravable, por fuera de los límites legales contenidos en la Ley 97 de 1913, porque establecen el tributo con fundamento en hechos y bases totalmente ajenos al hecho imponible de este tributo. Sostuvo que la Corte Constitucional estableció que el hecho imponible del impuesto es el “servicio de alumbrado público”, lo que denota que impuso límites a los municipios respecto de este tributo.

⁴ Sentencia de 25 de marzo de 2010.C.P Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Rad.16428



El acuerdo fijo unas bases gravables, que se asemejan a hechos generadores nuevos y autónomos que desnaturalizan la esencia del impuesto regulado y las bases gravables se configuran con fundamento en elementos ajenos al impuesto de alumbrado público, como lo precisó la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al interpretar el literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913.

Aseguró, que así haya empresas en el Municipio que tengan instaladas subestaciones o líneas de transmisión de energía eléctrica de cierta capacidad, es un suceso ajeno al hecho imponible del tributo de alumbrado público, tal como fue definido por el legislador. Adujo que en casos como este, el hecho gravado con el tributo de alumbrado público, consiste en el derecho de usufructo o de propiedad sobre ciertos bienes, para lo cual no está autorizado el Concejo Municipal de El Banco.

Concluyó que el artículo 4 acápite de BASE GRAVABLE, incisos 2 y 3 y el artículo 5 Acápite VI OTRAS U OTRAS CONDICIONES, literales A y B del Acuerdo 004 de 2010, violan el principio de legalidad, debido a que hacen obligatoria la aplicación de unos hechos generadores y de unas bases gravables que contrarían este principio.

Violación de los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva

Afirmó que en el ámbito fiscal, los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva tienen como razón de su existencia, garantizar que el



cumplimiento de los fines estatales no sea excusa para que el Estado ejerza su poder de imposición creando tratos discriminatorios entre sus ciudadanos.

Manifestó que se violan los principios de equidad e igualdad, al establecer respecto de determinados contribuyentes, hechos generadores, bases gravables y tarifas diferenciales, sin que haya una razón justificada para ello. El principio de capacidad contributiva se viola al establecer, hechos generadores y bases gravables del impuesto de alumbrado público que son ajenos a este y no son un indicio de la capacidad de pago del sujeto pasivo, respecto de un impuesto cuyo hecho imponible es el servicio de alumbrado público.

Señaló que se grava a determinados sujetos, por el solo hecho de tener subestaciones o líneas de transmisión de energía según sea su capacidad, distinto a como se gravan los demás sujetos pasivos de este impuesto, a pesar de que el hecho imponible es el mismo. Expresó que la violación radica, en que los hechos generados y las bases gravables no son indicadores de la capacidad de pago de los sujetos pasivos descritos, ya que esta debe determinarse en relación con la naturaleza del impuesto, que en este caso tiene como hecho imponible la prestación del servicio de alumbrado público.

Aseguró que los apartes demandados de los artículos 4 y 5 del Acuerdo, se expidieron con el único objeto de obtener ingresos, sin importar el trato discriminatorio a las empresas propietarias o usufructuarias de subestaciones o de líneas de energía, violando los principios constitucionales



señalados. Afirmó que el Municipio establece un impuesto de alumbrado público con nombres y apellidos propios, porque de antemano sabe a quienes van dirigidos los hechos generadores y bases gravables establecidos.

Consideró que las personas que tienen subestaciones de energía eléctrica o líneas de transmisión de energía eléctrica en el municipio, reciben un tratamiento diferente y más gravoso, al que reciben los otros sujetos pasivos que ejercen actividades igualmente industriales y comerciales, sin que exista justificación para ello. Alegó que los sujetos pasivos cobijados por el artículo 5 literales A) y B) son sometidos a doble tributación en el Municipio, porque los que operan estos bienes deben pagar el impuesto de Industria y Comercio por el ejercicio de la actividad comercial o industrial.

Manifestó que las empresas propietarias o usufructuarias de subestaciones y de líneas, no se benefician ni son usuarias del servicio de alumbrado, o siéndolo no existe respecto de ellos un hecho generador o una base gravable que sean razonables, no deberían ser gravadas con este impuesto por ausencia de hecho imponible o de base gravable

Violación del artículo 9 de la Resolución CREG 43 de 1995 y artículo 9 del Decreto 2424 de 2006

Señaló que mediante la Resolución 43 de 1995 se reglamentó la prestación del servicio de alumbrado público municipal y en el parágrafo 2 de su artículo 9 se impuso un límite en materia de tarifas y de los ingresos por el servicio



de alumbrado público. Adujo que la Resolución es un acto de superior jerarquía que el acuerdo municipal, en lo que se refiere al tema de regulación del servicio de alumbrado público, debido a que la CREG es la autoridad encargada de regular todo lo relacionado con el régimen de tarifas del servicio de energía eléctrica y del alumbrado público.

Aseguró que el Concejo Municipal debió tener en cuenta los límites y parámetros establecidos en la Resolución 043 de 1995 y por el Decreto 2424 de 2006. Expresó que la sola mención de la Resolución no es suficiente para considerar que el mencionado Acuerdo esté cumpliendo con los límites establecidos por las normas mencionadas, no reposa prueba de que hubiera hecho un estudio sobre el valor del costo del impuesto de alumbrado público en el Municipio y si con lo producido percibirá lo necesario para cubrir dicho costo y no valores superiores.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Municipio de El Banco – Magdalena no contestó la demanda.

El Concejo de El Banco-Magdalena contestó la demanda, mediante escrito en el que solo hizo referencia a los tres cargos y para cada uno indico “Lo que se pruebe en el proceso”⁵.

⁵ Folios 55 del cuaderno principal



LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 16 de mayo de 2012, el Tribunal Administrativo del Magdalena denegó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones⁶:

Señaló que el impuesto representa una obligación para el contribuyente consistente en un pago, sin que ello implique una retribución o contraprestación a su favor por parte del Estado, en tanto que las denominadas tasas o derechos constituyen una erogación para el contribuyente que financia la prestación de un servicio.

Consideró que el impuesto de alumbrado público fue establecido por el artículo 1° de la Ley 97 de 1913, normativa que facultó al Concejo de Bogotá para fijar los elementos del impuesto y la Ley 84 de 1915 hizo extensiva esta facultad a todos los municipios.

Aseguró que la Corte Constitucional en sentencia C-504 de 2002 declaró exequibles los literales d) e i) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913, con el argumento de que los Concejos Municipales son los llamados a determinar

⁶ Folios 104 a 112 del cuaderno principal



los elementos de los tributos cuya creación autoriza la ley. Esta providencia fue confirmada por la sentencia C-1055 de 2004.

Manifestó que la sentencia C-035 de 2009 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.

Frente al caso concreto indicó, que creado el impuesto de alumbrado público por la Ley, el Concejo Municipal está facultado para determinar los elementos del tributo, razón por la cual con la expedición del Acuerdo 004 de 2010 del Concejo Municipal de El Banco Magdalena no hay violación al principio de legalidad.

En relación al cargo planteado por crear un nuevo hecho generador del tributo de alumbrado público, que consiste en tener subestaciones de energía eléctrica o líneas de transmisión de energía eléctrica, bajo la apariencia de base gravable, señaló que teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, el patrón designado por el Concejo Municipal se instituye en un método de medición válido en atención a la naturaleza del sector o a la actividad que maneja, motivo por el cual no hay alteración del hecho generador del tributo de alumbrado público, pues el método de determinación de la cuantía es aceptable.



Afirmó que no se puede predicar la doble tributación (industria y comercio y alumbrado público), porque el acuerdo municipal no creó un hecho generador nuevo.

Precisó que los sujetos pasivos gravados por el Acuerdo ostentan una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio público, y que los factores a que se aluden para la determinación del hecho gravable son referentes idóneos para establecer la tarifa del impuesto. Concluyó que no existe vulneración de los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva y soportó el argumento en sentencias del Consejo de Estado.

Consideró que observado el Acuerdo 004 en su integridad, fueron respetados los principios constitucionales, ya que los elementos del tributo de alumbrado público, en especial las tarifas, se establecieron de acuerdo con la capacidad económica del usuario potencial del servicio, en razón a que para las categorías o sectores que obtienen mayores ingresos, se crearon tarifas más altas que los estratos más bajos del sector residencial.

Manifestó que revisadas en su integridad la Resolución CREG 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006, ninguna indica en forma expresa que el Concejo Municipal deba ejecutar o adelantar un análisis o estudio de prefactibilidad, antes de la expedición del acto mediante el cual se establecen los elementos del tributo de alumbrado público.



Insistió en la facultad impositiva del Concejo Municipal desde la expedición de la Constitución Política de 1991 para determinar los elementos del impuesto de alumbrado público.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandante interpuso recurso de apelación en el que, en general, reiteró los argumentos expuestos en la demanda⁷.

Insistió en la configuración de la violación principal al principio de legalidad, por indefinición de los elementos del tributo por parte del legislador y la consecuente incompetencia del Concejo Municipal de El Banco Magdalena para fijarlos.

Indicó que en el caso del tributo de alumbrado público establecido por el Acuerdo 004 de 2010, la violación ostensible al principio de legalidad ocurre por cuanto las leyes que crearon este tributo no fijaron los elementos mínimos necesarios para que los municipios pudieran adoptarlo. Aseguró que el artículo 1 de la Ley 97 de 1913, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 84 de 1915, normas con fundamento en las cuales se expidió el acuerdo demandado y que autorizaron a los concejos municipales a crear el impuesto sobre el servicio de alumbrado público, no desarrollaron cabalmente los requisitos mínimos de

⁷ Folios 116 a 133 del cuaderno principal



predeterminación del impuesto, de modo que así las leyes sean exequibles son inaplicables.

Señaló que las leyes mencionadas no dicen nada sobre el tributo de alumbrado público, no contienen unos parámetros mínimos y aceptar su aplicación equivale a afirmar, que los entes territoriales tienen autonomía para establecer los elementos de los tributos que aplican dentro de su jurisdicción.

Aseguró que el Consejo de Estado se ha pronunciado en sentido contrario al adoptado en el fallo apelado, señalando que los elementos esenciales del tributo deben estar establecidos por la Ley⁸.

Insistió en la violación subsidiaria al principio de legalidad, por violación de la norma legal que autorizó el tributo (literal d, artículo 1 ley 97 de 1913) y violación de los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva, debido a la forma en que los apartes demandados del Acuerdo 004 de 2010 establecieron el impuesto de alumbrado público.

Adujo que se viola el principio de legalidad, porque se establecieron hechos generadores del impuesto de alumbrado público que son ajenos al hecho imponible y se violan los principios capacidad contributiva, porque esta se mide sin reflejar cual es la situación real de los eventuales sujetos pasivos, de equidad, porque la situación generada es inequitativa con los sujetos pasivos y de igualdad porque se discrimina a los mismos.

⁸ Sentencia de 25 de marzo de 2010. C.P Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Rad. 16428.



Manifestó que en el caso de los elementos del impuesto de alumbrado público establecidos en los apartes del Acuerdo 004 de 2010, el hecho generador del tributo viola los principios constitucionales de equidad, igualdad, capacidad contributiva y legalidad. Alegó que en los apartes demandados del acuerdo se dispuso que el impuesto se causa por el hecho de ser propietario y/o usufructuario de líneas de transmisión de energía o ser propietario y/o usufructuario de subestaciones de energía eléctrica, con independencia de cuál es el consumo o situación real del sujeto pasivo frente a este servicio que genera el tributo y de si este lo recibe o no, lo que desnaturaliza la esencia del impuesto de alumbrado público.

Afirmó que los apartes demandados del acuerdo determinan el impuesto de alumbrado público como de carácter personal y no real como lo estableció la Ley 97 de 1913, ya que está gravando a los sujetos por sus características personales, por ser propietarios o usufructuarios, hechos que no miden o reflejan la capacidad contributiva frente al hecho de ser usuarios reales o potenciales del servicio de alumbrado público y se les causa el tributo en una condición más gravosa para ellos, en comparación con todos los demás usuarios industriales y comerciales que se hallen en el municipio.

Indicó que el Consejo de Estado señaló que gravar a los sujetos pasivos en razón de las actividades no es un parámetro válido frente al impuesto de alumbrado público, porque no es indicativo de capacidad contributiva alguna en



relación con el hecho imponible⁹. Adujo que la misma corporación anuló un aparte del acuerdo del Municipio de Quibdó, que estableció el impuesto de alumbrado público sobre un hecho que no estaba relacionado con el hecho imponible de este tributo y podría configurar doble tributación en relación con el impuesto predial¹⁰.

Insistió en el cargo de violación a los límites impuestos por la regulación del sector y la insuficiente e indebida motivación del acuerdo.

Señaló que al expedir el Acuerdo 004 de 2010, el Concejo Municipal de El Banco debió tener en cuenta los límites y parámetros establecidos en la Resolución CREG 043 de 1995 y Decreto 2424 de 2006, ya que debía señalar de qué forma va a determinar y a controlar los ingresos que reciba el municipio, para que no recupere "...más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento"...o "...que equivale al valor del costo en que incurre por la prestación del mismo".

Adujo que la simple mención de la Resolución CREG 043 no es suficiente, que el municipio debió determinar y explicar cuanto costaba cubrir el costo y mantenimiento del servicio de alumbrado público, para fijar un impuesto que consultara los costos reales del servicio.

⁹ Sentencia de 23 de junio de 2011. CP Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia .Rad. 47001233100020080001901

¹⁰ Sentencia de 10 de marzo de 2010. CP Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Rad. 18141



Concluyó que, el acuerdo fija tarifas diferenciales sin tener en cuenta que la única forma de controlar es realizando un estudio real tanto del consumo por alumbrado público, como de los costos de expansión y mantenimiento que está obligado a pagar, frente al número efectivo de usuarios de quienes podría recuperar tal suma, que para el efecto sería el total de beneficiarios del servicio, de acuerdo con la categoría que corresponda a cada uno.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron escrito de alegatos.

El Ministerio Público no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación presentado por la demandante, la Sala debe decidir sobre la legalidad del Acuerdo 004 de septiembre 4 de 2010, proferido por el Concejo Municipal de El Banco-Magdalena.

Según se desprende del recurso de apelación, son cuatro los aspectos que controvierte la demandante:

- Violación al principio de legalidad por indefinición de los elementos del tributo por parte del legislador e incompetencia del Concejo Municipal de El Banco – Magdalena para fijarlos.

- Violación subsidiaria al principio de legalidad por violación de la norma legal que autorizó el tributo (literal d, artículo 1 Ley 97 de 1913).
- Violación de los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva, debido a la forma en que los apartes del Acuerdo 004 de 2010 transcritos en la pretensión subsidiaria de la demanda, establecieron el impuesto.
- Violación a los límites impuestos por la regulación del sector, insuficiente e indebida motivación, porque el acuerdo municipal no alude al cumplimiento del límite impuesto por el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 43 de 1994 y Artículo 9 del Decreto 2424 de 2006.

Autonomía de las entidades territoriales.

Comienza la Sala por precisar que, de conformidad con los artículos 287¹¹, 300-4¹² y 313-4¹³ superiores, las entidades territoriales tienen autonomía

¹¹ **ARTICULO 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:*

1. *Gobernarse por autoridades propias.*
2. *Ejercer las competencias que les correspondan.*
3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
4. *Participar en las rentas nacionales.*

¹² **ARTICULO 300.** *Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

(...)



para administrar sus intereses, dentro de los límites de la Constitución Política y la ley. En virtud de esa autonomía, tanto las asambleas departamentales como los concejos municipales y distritales, pueden determinar los tributos y los gastos locales.

El artículo 1° de la Ley 97 de 1913 autorizó la creación del impuesto de alumbrado público en la ciudad de Bogotá, en los siguientes términos:

"Artículo 1. El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental:

(...)

d) Impuesto sobre el servicio de alumbrado público. (...)"

Por su parte, la Ley 84 de 1915 extendió la mencionada facultad de creación a todos los municipios.

El literal antes reproducido fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-504 del 2002 en la que precisó que los concejos municipales son los llamados a determinar los elementos de los tributos, cuya creación autoriza la Ley.

Al respecto señaló:

4. Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales.

¹³ ARTICULO 313. Corresponde a los concejos: (...) 4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

“(...) el Legislador autorizó al Concejo Municipal de Bogotá para crear los tributos impugnados, para estructurar el trámite de su cobro y, para fijar con apoyo en su aforo las apropiaciones presupuestales atinentes a la atención de los servicios municipales.

(...)

En lo que hace a la autorización para crear los tributos acusados se observa una cabal correspondencia entre el artículo 1 de la ley 97 de 1913 y los preceptos constitucionales invocados, esto es, los artículos 313-4 y 338 superiores. En efecto, 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 consonancia 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 cuando ésta no vulnere el núcleo esencial que informa la autonomía territorial de los departamentos, municipios y distritos.

(...) 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 activo 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.

Bajo este esquema conceptual y jurídico (...) los literales combatidos exhiben las notas distintivas de la legalidad constitucional, toda vez que en conexidad con el inciso que los precede, le señalan al Concejo de Bogotá un marco de acción impositiva sin hacerle concesiones a la indeterminación ni a la violación de la autonomía territorial que asiste al hoy Distrito Capital. 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.

(...)”

La misma Corporación, en la sentencia C-1055 del 2004, ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia antes transcrita, al decidir 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, alegándose que éste autorizó la creación de un impuesto sobre un servicio público, en lugar de una tasa.

Esta Sala, en sentencia del 9 de julio del 2009¹⁴, precisó que en vigencia de la Constitución Política de 1886 la facultad impositiva de los municipios era derivada en cuanto se supeditaba a las leyes expedidas por el Congreso, pero que con la norma superior promulgada en el año 1991, la ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden determinar los elementos del tributo, de conformidad con los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales concedidos a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales para establecer los diferentes aspectos de la obligación tributaria.

Así mismo, señaló que el artículo 338 de la Constitución Política indica la competencia que tienen los entes territoriales para que, a través de sus

¹⁴ Expediente 16544, Consejera Ponente: Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia



órganos de representación popular, determinen los presupuestos objetivos de los gravámenes, de acuerdo con la ley, sin que tal facultad sea exclusiva del Congreso, pues de lo contrario se haría nugatoria la autorización que expresamente la Carta les ha conferido a los departamentos y municipios en tales aspectos.

Agregó que la competencia en materia impositiva de los municipios, para el caso, no es ilimitada, pues no puede excederse al punto de establecer tributos *ex novo*, porque la facultad creadora está atribuida al Congreso, pero a partir del establecimiento legal del impuesto, los mencionados entes territoriales, de conformidad con las pautas dadas por la ley, pueden establecer los elementos de la obligación tributaria cuando aquella no los haya fijado directamente.

Así pues y en virtud de los principios de autonomía y descentralización territorial, el criterio actual de la Sala en materia de facultad impositiva territorial reconoce la autonomía fiscal de los municipios y distritos para regular directamente los elementos de los tributos que la ley les haya autorizado.

Como la Ley 97 de 1913 autorizó la creación del impuesto sobre el servicio de alumbrado público pero no reguló lo concerniente a los elementos del tributo, esa facultad quedó en cabeza de los concejos municipales y distritales, es decir, que esas corporaciones tienen autonomía para establecer los diferentes elementos que conforman cada tributo, sin que ello signifique que esa autonomía impositiva sea amplia, porque, como en este



caso, está restringida a la creación legal del gravamen, y con arreglo a la Constitución Política.

Ante la indeterminación de los elementos del impuesto de alumbrado público, le correspondía fijarlos al Concejo Municipal de El Banco – Magdalena; desde esta perspectiva, es claro, para la Sala, que el ente territorial no creó el impuesto mencionado, sino que lo implementó, en virtud de la creación de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915.

Hecho generador, base gravable y tarifa - Reiteración jurisprudencial.

Adujo la apelante que los apartes demandados del Acuerdo 004 de 2010, establecieron hechos generadores del impuesto de alumbrado público, totalmente ajenos al hecho imponible previsto en la Ley 97 de 1913.

Aseguró que miden la capacidad contributiva de una forma que no refleja la situación real de los eventuales sujetos pasivos y los discrimina respecto de otros contribuyentes del mismo impuesto.

Consideró que el impuesto se estableció sobre hechos generadores y bases gravables que lo constituyen en un impuesto directo y que los primeros son de naturaleza distinta a los previstos en la ley.

Señaló que la normativa demandada, dispuso que el impuesto se causa por el hecho de ser propietario y/o usufructuario de líneas de transmisión de energía o ser propietario y/o usufructuario de subestaciones de energía



eléctrica, hechos que gravan la propiedad de los bienes y el ejercicio de actividades, con independencia del consumo y de si se recibe o no.

De otra parte, el actor asumió que el acuerdo demandado fijó hechos y bases gravables ajenas al impuesto de alumbrado público, violando el principio de legalidad del tributo.

Esta Sala reitera¹⁵, que teniendo en cuenta que las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 no definieron lo que se entiende por “*alumbrado público*” y para efectos de identificar el hecho generador del impuesto, es preciso señalar el desarrollo que de dicho concepto hizo la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG en la Resolución 043 de 1995, al establecer:

“Art. 1º Definiciones Para efectos de la presente resolución se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Servicio de alumbrado público. Es el servicio público consistente en 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”. (Se subraya).

¹⁵ Sentencia de 19 de febrero de 2015, C.P Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad. 19546



En el mismo sentido, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2424 de 1996, que adoptó la siguiente definición:

“Artículo 2°.Definición Servicio de Alumbrado Público. Es 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”. (Se subraya).

Conforme a las normas transcritas, el objeto imponible del impuesto lo constituye la prestación del servicio de alumbrado público a los usuarios potenciales del mismo, y está dirigida a la totalidad de los habitantes de la jurisdicción territorial que hagan uso de los bienes y espacios públicos, siendo esta la razón para afirmar que no existe un usuario específico, sino un usuario potencial del mismo.

Acorde con lo dicho, la Sección precisó que¹⁶, *“...el objeto imponible es el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo genera es el ser usuario potencial receptor de ese servicio”*, y agregó que los usuarios potenciales del servicio, que para efectos fiscales son los sujetos pasivos del tributo, deben formar parte de la colectividad, esto es, residir en el respectivo

¹⁶ Sentencia 16667 del 11 de marzo de 2010, C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



municipio o tener un establecimiento en el mismo, pues de lo contrario serían usuarios ocasionales del servicio¹⁷.

Se concluye que las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 crearon el impuesto sobre el servicio de alumbrado público, estableciendo como objeto imponible la prestación misma del servicio, y que la concreción del hecho gravable, que consiste en ser usuario potencial o receptor de dicho servicio, se dio a partir de diferentes fuentes normativas; que además, son usuarios potenciales del servicio los contribuyentes que residen o que tienen establecimientos en la jurisdicción municipal.

Por lo anterior, para la Sala es claro que el acuerdo demandado no estableció un hecho generador ajeno al objeto imponible, esto es, a la prestación del servicio de alumbrado público, como se lee en el artículo 4º del mismo, que reza:

ARTÍCULO CUARTO: ELEMENTOS DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA:

Son elementos de la obligación tributaria los siguientes:

.....

HECHO IMPONIBLE: *Es la prestación de alumbrado público, por lo que la obligación de cancelar el impuesto de alumbrado público, por lo que la obligación de cancelar el impuesto de alumbrado público será de todos los contribuyentes que sean beneficiarios directos o indirectos de la prestación del servicio de alumbrado público en toda la jurisdicción del Municipio de EL BANCO, teniendo en cuenta que se trata de un servicio individual que se presta en todos los lugares de la municipalidad y que permite el transito y la libre circulación.*

¹⁷ Esta posición fue reiterada por la Corporación en la sentencia 18685 del 24 de octubre de 2013, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.



...”

En consecuencia, para la Sala, el hecho generador del tributo corresponde a la normativa transcrita, siempre y cuando los contribuyentes del impuesto de alumbrado público residan o cuenten con establecimientos dentro de la jurisdicción del municipio, pues, de lo contrario, no hacen parte de la colectividad y serán usuarios ocasionales.

Base gravable

Para efectos de determinar la legalidad de la base gravable del impuesto de alumbrado público establecida en el acuerdo demandado y partiendo de la inexistencia de una ley que la determine o que permita establecerla, es menester acudir al hecho generador del tributo para verificar si dicho elemento del tributo obedece a la magnitud del mismo que, como se dijo, está ligado a la calidad de usuario potencial del servicio.

Esta Sala reitera¹⁸, que no solo es razonable sino necesario que el usuario potencial del servicio de alumbrado público sea sujeto pasivo del gravamen, y es usuario potencial toda persona natural o jurídica que forma parte de la colectividad local que reside en la jurisdicción territorial del municipio, sin que resulte relevante que dicho usuario sea beneficiario permanente del servicio, en razón a la vocación de expansión del mismo lo que, por demás, resulta

¹⁸ Sentencia de 19 de febrero de 2015, C.P Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Rad. 19546



ajustado a la naturaleza jurídica de impuesto otorgada por la ley al gravamen de alumbrado público¹⁹.

Bajo los parámetros descritos, es claro que las entidades referidas en el artículo 5º del acuerdo demandado, al acreditar la calidad de usuarios potenciales del impuesto de alumbrado público, son sujetos pasivos del gravamen. Así mismo, la base gravable determinada por la capacidad instalada de las empresas es un claro indicativo de su capacidad contributiva, pues no solo corresponde a la realidad del hecho generador, sino que permite dimensionar la cuantía de la obligación tributaria, tema que en un caso similar al que se decide y que ahora se reitera, fue objeto de pronunciamiento de la Sala en los siguientes términos²⁰:

“La base gravable del impuesto, por su parte, ha sido distinguida como el aspecto cuantitativo del hecho gravado, que perfija un parámetro a través del cual puede expresarse la magnitud de aquél en valores económicos que deben ser establecidos por procedimientos especiales para cada caso.

Ante todo, la base gravable muestra el resultado de una serie de procesos jurídicos en cuanto parte de la identificación del hecho generador, y económicos, porque permiten tratar valores que permiten cuantificar cifras generalmente monetarias o, se repite, la magnitud del hecho gravado.

Como tal, la base gravable debe corresponder a la realidad que constituye el hecho generador, de manera que su regulación legal o territorial puede no contener una medición concreta, sino las reglas a partir de las cuales se dimensiona la cuantía de la obligación tributaria con la aplicación de indistintos métodos de determinación. A partir de esta noción, surgen los conceptos de base gravable normativa, como el

¹⁹ Sentencia 16315 del 6 de agosto de 2009, C. P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

²⁰ Sentencia 18330 del 10 de marzo de 2011, C. P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez



conjunto de reglas legalmente establecidas para medir la intensidad de la realización del hecho generador, y base gravable fáctica, como la magnitud que expresa la intensidad de la realización en un supuesto dado. (...).

En este orden de ideas, concluye la Sala que la capacidad instalada para transformación y transmisión de energía eléctrica, como actividades consistentes en el transporte de energía por sistemas de transmisión y la operación, mantenimiento y expansión de los sistemas de transmisión nacionales o regionales (artículo 1 de la Resolución 024 de 1995 de la CREG), no muta, modifica ni altera el hecho generador del impuesto de alumbrado público, sino que constituye un parámetro de medición válido para establecer la base gravable del mismo para quienes realizan ese tipo de actividades que, obviamente, tienen una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio de alumbrado público.

En ese sentido, puede decirse que la regulación del artículo 5º demandado integra las dimensiones propias del hecho imponible y contiene referentes idóneos para determinar la base gravable del impuesto de alumbrado público para los transmisores y transformadores de energía eléctrica. (Se subraya y resalta).

Así las cosas, la base gravable determinada por el acuerdo demandado (capacidad instalada) responde a la realidad del hecho gravable y refleja la capacidad contributiva de las personas naturales y jurídicas que fungen como potenciales usuarios del servicio de alumbrado público lo que, por demás, no implica violación alguna a los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva alegada por el actor, pues claramente la capacidad contributiva de los poseedores de redes de transmisión y subestaciones de energía eléctrica, no es la misma que la de un usuario del sector residencial, comercial o de servicios.



De otro lado, cabe anotar que la propiedad, usufructo y demás derechos reales en cabeza de las personas naturales o jurídicas sobre las subestaciones de energía eléctrica o sobre las líneas de transmisión de energía, son un indicativo de que tales sujetos son usuarios potenciales del servicio, sin que sea dable afirmar que lo que se está gravando sea el patrimonio o la propiedad.

Tarifa

Sobre la base gravable se aplica la tarifa como elemento que permite calcular la cuota con que el sujeto pasivo debe contribuir al pago del impuesto para el financiamiento de las cargas públicas.

Como lo ha señalado esta Sala²¹, 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).

²¹ Sentencia de 15 de noviembre de 2012, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Rad. 18440



En el impuesto de alumbrado público, “el contenido económico” inmerso en el hecho generador y la “capacidad contributiva” del usuario potencial no son evidentes, 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 que se relacionen con este.²²

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 público²³.

Por su parte, el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995 señaló que los municipios no pueden recuperar más de lo que pagan los usuarios 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

²² 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.

²³ **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.



respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, sin 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 territorial²⁴.

Por lo demás, la demandante no suministró explicaciones ni pruebas idóneas para cuestionar las tarifas dispuestas y la distinción de actividades enunciadas, ni demostró que esas tarifas no hubieran consultado la capacidad económica de los sujetos pasivos afectados por las mismas, o que su fijación hubiere 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.

La fijación de la tarifa en salarios mínimos legales mensuales vigentes SMLM, no es ajena a la naturaleza del gravamen, ni tampoco contraría la normativa vigente en materia de energía eléctrica, en la medida en que permite cuantificar de forma razonada y proporcional los valores que deben sufragar los sujetos pasivos del gravamen referidos en los literales a) y b) del numeral VI del artículo 5º del Acuerdo 004 de 2010, que por sus características no se pueden asimilar a otros usuarios.

Sobre este punto, la Sala precisó, que la determinación de la tarifa a cargo de los usuarios potenciales que realizan actividades afines a la transmisión

²⁴ Ob cit. Nota 7

de energía eléctrica no se puede realizar por medios tradicionales, precisamente por la naturaleza de tales sujetos, para lo cual considero²⁵:

“Fuera de lo anterior, la Sala estima que los numerales a) y b) del acápite “VII: OTROS U OTRAS CONDICIONES” del artículo tercero del acuerdo demandado simplemente fijan tarifas y un método de cálculo para usuarios que desarrollan actividades relacionadas, en general, con la transmisión de energía eléctrica. Todo eso está legalmente permitido. (...).

Todo lo contrario, el acuerdo demandado establece tarifas diferenciales y el método para el cálculo cuando se trata de usuarios que realizan actividades relacionadas con la transmisión de energía eléctrica. Esa regulación no desconoce los principios de equidad e igualdad tributaria, pues, se repite, las tarifas diferenciales justamente garantizan que el pago de los tributos se haga según la real capacidad económica del contribuyente.

La diferenciación es justificada en cuanto la cuantificación del impuesto no puede hacerse por los medios ordinarios que se utilizan para cuantificar el impuesto de alumbrado público de los usuarios del sector residencial, rural o comercial del municipio de Fundación. Y el método de medición, además, es válido para establecer la base gravable del impuesto de alumbrado público, respecto de los usuarios que desarrollan ese tipo de actividades, sin que eso signifique que la autoridad demandada haya desbordado la autonomía que tiene en materia impositiva o que haya desconocido los principios de equidad e igualdad tributaria. (...)

4. En cuanto a las tarifas, vale recordar que en el impuesto de alumbrado público la tarifa debe reflejar el costo real de la prestación del servicio y, para el efecto, las entidades territoriales pueden acudir a distintos métodos razonables para calcular las tarifas.

En el artículo 10° del Decreto 2424 de 2006²⁶, que regula la prestación del servicio de alumbrado público, el Ministerio de Minas y Energía dispuso que

²⁵Sentencia 17817 del 22 de marzo de 2012, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

²⁶ 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.



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. (Se subraya).

Según esto, la determinación de la tarifa del servicio de alumbrado público expresada en el valor equivalente a salarios mínimos legales mensuales vigentes SMLMV, cuya base gravable corresponde a la capacidad de las empresas o personas propietarias y/o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica, establecida por el acto administrativo demandado, es un parámetro variable aceptable para su fijación, pues atiende no sólo la normativa aplicable, sino también la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del tributo y los principios de certeza y progresividad del tributo.

De la misma forma, la Sala no encuentra que el acuerdo demandado viole la previsión traída por el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 43 de 1995 y el artículo 9º del Decreto 2424 de 2006, pues en el proceso no se demostró que con la aplicación del acuerdo el municipio recupere de los usuarios más de lo que paga por el servicio, incluyendo la expansión y mantenimiento del mismo.

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.



En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 16 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO.- Por las razones expuestas, **CONFÍRMASE** la sentencia del 16 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente



HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ