



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014).

Radicación:	880012331000201000044 01
No. Interno:	19127
Asunto:	Acción de nulidad
Demandante:	Leandro Pájaro Balseiro
Demandado:	Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

FALLO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Empresa Departamental de Servicios Públicos S.A. EMDESAI S.A. y por la apoderada judicial del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina contra la sentencia del 11 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que resolvió:

“Primero: DECLÁRASE LA NULIDAD de los artículos quinto, sexto, séptimo y décimo de la Ordenanza No. 010 de 11 de mayo de 2010 ‘Por el cual (sic) se modifica parcialmente la 014 de 2007, por el cual (sic) se establece el impuesto al alumbrado público del Departamento Archipiélago en San Andrés, Providencia y Santa Catalina’, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en relación con el impuesto de alumbrado público.

Segundo: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvanse al interesado. Pasados dos (2) años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.”

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

Pese a que en el escrito de la demanda de nulidad el ciudadano Leandro Pájaro Balseiro no formuló un acápite pretensiones, del escrito de la demanda se advierte que el actor pretende que se declare la nulidad de la Ordenanza 010 de 2010, *“Por la cual se modifica parcialmente la ordenanza No. 014 de 2007, por la cual se establece el impuesto de alumbrado público en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se deroga la Ordenanza No. 026 de 2009 y se dictan otras disposiciones.”*

Acto administrativo demandado.

El acto demandado es del siguiente tenor¹:

“ORDENANZA No. 010 DE 2010

(Mayo 11)

‘POR EL (sic) CUAL SE MODIFICA PARCIALMENTE LA ORDENANZA No. 014 DE 2.007, POR EL CUAL (sic) SE ESTABLECE EL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SE DEROGA LA ORDENANZA No. 026 DE 2009 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES’

La Asamblea del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en uso de sus facultades constitucionales y legales en especial las conferidas en el numeral 9 Artículo 300 de la Constitución Nacional, en concordancia con el numeral 1° del Artículo 62 del Decreto Ley 1222 de 1986, Ley 97 de 1913, Ley 84 de 1915, Resolución CREG 043 del 23 de octubre de 1995, 043 de 1996, 089 de 1996 y 076 de 1999.

¹ Texto tomado de la copia aportada por el demandante. Folios 85 anverso a 86 anverso.

ORDENA:

IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO

Artículo Primero.- *Modifíquese el artículo 1° de la Ordenanza 014 de 2.007, el cual quedará así:*

Artículo 1° Definición del impuesto de Alumbrado Público

El impuesto de Alumbrado Público: Es un tributo que se cobra con destinación a la recuperación de los costos, gastos e inversiones que demanda el mismo por la prestación del 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 se presta a la colectividad con el fin de iluminar las vías públicas, parques y demás espacios de libre circulación que no se encuentran a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada a conductores, peatones y residentes. El cobro que se le hace a los habitantes de un Departamento por concepto de alumbrado público obedece al recaudo de un tributo.

Por ello la finalidad de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, fueron destinadas a que los departamentos y municipios contaran con los recursos económicos necesarios para sufragar los costos que implica la prestación del servicio de Alumbrado Público.

Artículo Segundo.- *Modifíquese el artículo segundo de la ordenanza 014 de 2.007.*

Artículo Segundo.- *Sujeto Activo: La Isla de San Andrés, en el Departamento ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA es el*

sujeto activo del impuesto de Alumbrado Público que se cause en jurisdicción de San Andrés Isla, y en él radican las potestades tributarias de administración, recaudo, devolución, cobro y disposición de los recursos correspondientes y en consecuencia, podrá celebrar los contratos o convenios que garantice su eficaz y eficiente recaudo, con sujeción a la Constitución, la Ley y los reglamentos.

Artículo Tercero.- Sujeto Pasivo. *Son Sujetos Pasivos del impuesto de Alumbrado Público el contribuyente o responsable. El contribuyente o responsable del impuesto es la persona natural, jurídica o sociedad de hecho, pública o privada, mixta y sus asimiladas como patrimonios autónomos, beneficiados directa o indirectamente con el servicio de alumbrado público, prestado en la jurisdicción de la Isla de San Andrés, denominado 'Hecho Generador' así mismo el propietario y/o arrendatario y/o ocupante y/o usuario del bien inmueble que reciba el beneficio directo o indirecto del servicio de alumbrado público o de energía eléctrica prestado en toda el área de la jurisdicción del departamento.*

Artículo Cuarto.- Hecho generador: *Es la obligación de cancelar el impuesto de alumbrado público que se origina del beneficio directo o indirecto del Servicio de Alumbrado Público prestado en todo el área de la jurisdicción de la Isla de San Andrés.*

Artículo Quinto.- BASE GRAVABLE: *Se determinarán alternativamente una base gravable consistente en la aplicación de un porcentaje aplicado sobre el consumo mensual de energía eléctrica para los sectores residenciales, y para los sectores comerciales, industriales, oficiales y de servicios, se cobrará una tarifa mínima mensual más la aplicación de un porcentaje aplicado sobre el consumo mensual de energía eléctrica determinado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, las líneas de transmisión de energía se establecerá el cobro de un valor fijo en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos mensualmente, dependiendo del nivel de tensión; para las subestaciones de energía eléctrica de acuerdo a la capacidad instalada, se establecerá la tarifa en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos mensualmente; para las empresas dedicadas al transporte del petróleo y sus derivados, cuyas instalaciones se encuentren en la jurisdicción de la Isla de San Andrés se gravarán con una tarifa mensual establecida en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos mensualmente; Para las empresas de telecomunicaciones fijas o móviles que instalen o posean antenas de telecomunicación, parabólicas, TV cables, transmisión de datos, audio y video, se*

gravará con una tarifa mensual establecida en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos mensualmente; empresas que posean subestaciones o estaciones de Gas, se gravarán a una tarifa fija mensual establecida en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos mensualmente.

Empresas que posean puertos marítimos en la jurisdicción de la Isla de San Andrés para el embarque o desembarque de mercancías, se gravarán con una tarifa mensual establecida en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pagaderos mensualmente. Las empresas que generen su propia energía eléctrica, las empresas de generación de energía eléctrica se gravarán con una tarifa fija mensual determinada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, y se cobrará mensualmente.

Artículo Sexto.- *Modifíquese el artículo 4° de la Ordenanza 014 de 2.007, que a su vez modificó el artículo 6° de la Ordenanza 022 de 2.006.*

Tarifa.- *La tarifa del impuesto de alumbrado público, consistirá en un valor mensual que se cobrará a cada sujeto pasivo durante cada mes. Para el cálculo de la tarifa se tendrán en cuenta el número de suscriptores del servicio de energía eléctrica que tenga la Isla de San Andrés, y de capacidad de pago de cada uno de estos usuarios.*

La tarifa para el sector residencial será la que resulte de la multiplicación del consumo mensual en pesos de cada usuario del servicio de Energía Eléctrica, por el porcentaje establecido para cada contribuyente correspondiente a este sector de acuerdo a la clasificación interna dada por la estratificación socioeconómica para la Isla de San Andrés (cuadro 1).

Para el Sector Comercial, Industrial, Oficial y de Servicios, se establecerá como base una tarifa mensual fija de acuerdo al nivel de tensión correspondiente a su sistema de medición, más el valor resultante de la multiplicación del consumo del periodo en pesos por el porcentaje establecido para cada sector y nivel de tensión del sistema de medida (cuadro 2).

I. Sector Residencial	
Estrato \$/mes	Valor a cobrar
1	4%
2	4%
3	4%
4	8%
5	9%
6	10%
II. Sectores Industrial, Comercial y Oficial	
Valor a cobrar \$/mes	
Industrial	
Nivel 1	\$50.000 + 8%
Nivel 2	\$100.000 + 10%
Nivel 3	\$150.000 + 12%
Comercial	
Nivel 1	\$50.000 + 8%
Nivel 2	\$100.000 + 10%
Oficial	
Nivel 1	\$50.000 + 10%
Nivel 2	\$100.000 + 12%

PARAGRAFO: SECTOR ESPECIAL: Para el Sector clasificado en la base de datos del comercializador como Especial, se establecerá el valor resultante de la multiplicación del consumo del periodo en pesos por el porcentaje establecido en la Ordenanza 014 de 2007.

III. USUARIOS CON CLASIFICACIÓN DIFERENCIAL.

Para los usuarios determinados en la clasificación diferencial, el valor estará determinado por un valor en SMLMV de acuerdo a la siguiente clasificación:

- a) EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA:** Las empresas de servicio público Generación de energía, auto generación y/o cogeneración de energía eléctrica en la Isla de San Andrés pagaran (sic) el impuesto de Alumbrado público de acuerdo a su capacidad instalada, representada su tarifa en salarios mínimos legales vigentes, fijado por el Gobierno Nacional o la entidad encargada Así:

CAPACIDAD INSTALADA EN MVA (Megavatios)	VALOR A COBRAR EN \$ POR MES
1MVA-10MVA	10 salarios mínimos legales mensuales vigentes
10MVA-20MVA	15 salarios mínimos legales mensuales vigentes
20MVA EN ADELANTE	20 salarios mínimos legales mensuales vigentes

- b) EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS PROPIETARIAS DE SUBESTACIONES**

Las empresas de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica que comercialicen energía eléctrica en la Isla de San Andrés, pagarán una tarifa de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por impuesto de alumbrado público por cada una de las subestaciones que tengan instalada en la Isla de San Andrés.

- c) LÍNEAS DE TRANSMISIÓN Y SUBTRANSMISIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA**

LÍNEAS DE TRANSMISIÓN Y SUBTRANSMISIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA	VALOR A COBRAR EN \$ POR MES
--	---

<i>Tensión de operación entre 25KV y 110 KV (Kilovoltios)</i>	<i>5 salarios mínimos mensuales legales</i>
---	---

d) *Los propietarios de predios no suscriptores del servicio de energía eléctrica, pagarán una tarifa de alumbrado público que será facturada en la liquidación del Impuesto Predial Unificado y será equivalente al 10% de este impuesto.*

e) *Las tarifas de alumbrado público para los siguientes usuarios se establecerá así:*

- ❖ *Empresas financieras sujetas a control de la Superintendencia Bancaria, cancelarán el equivalente a 2 salarios MMLV.*
- ❖ *Empresas que tengan concesión aérea o marítima en jurisdicción de la Isla de San Andrés cancelarán el equivalente a 10 salarios MMLV.*
- ❖ *Empresas con servicios sujetas a control de la Aeronáutica civil cancelarán el equivalente a 10 salarios MMLV.*
- ❖ *Empresas dedicadas al transporte, explotación o comercialización de petróleos y sus derivados cancelarán el equivalente a 5 SMMLV.*
- ❖ *Las estaciones de combustibles gasolina o diesel cancelaran (sic) una tarifa fija mensual de 5 salarios MMLV adoptado por el Gobierno Nacional, por cada estación de combustible.*

f) *Empresas dedicadas al transporte y/o almacenamiento del petróleo y sus derivados, cuyo sistema de transporte y/o almacenamiento esté situado en la jurisdicción de la Isla de San Andrés, cancelarán un impuesto de 10 salarios mínimos mensuales vigentes.*

EMPRESAS DE TELEFONÍA FIJA CELULAR Y TV POR CABLE, *Empresas que presten el servicio de telefonía fija o celular, y servicio de Televisión por cable, las cuales tengan antenas instaladas en la Isla de San Andrés cancelarán una tarifa fija mensual del Impuesto de Alumbrado Público, representada en el valor de 5 salarios mínimos legales vigentes fijado por el Gobierno, por cada antena instalada.*

Parágrafo: *En el evento en que un mismo Contribuyente, aplique para dos (2) o más de las clasificaciones de este acuerdo estará obligado a pagar el respectivo impuesto por uno solo de ellos, aplicándose entonces el de mayor valor.*

Artículo Séptimo.- Metodología de ajuste mensual. Los valores expresados en el artículo anterior se reajustarán mensualmente teniendo en cuenta la siguiente metodología:

- A. La parte que en la remuneración del servicio corresponda al componente de suministros de energía, se ajustará teniendo en cuenta la reglamentación vigente que al respecto haya sido expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, o por la entidad que haga sus veces.
- B. El componente que en la tarifa está relacionado con el arrendamiento de la infraestructura se actualizará con base en el Índice de Precio al Productor IPP.
- C. La parte que en la remuneración del servicio retribuya la administración, operación y mantenimiento, se ajustará con base en el Índice de Precios al Consumidor IPC.

Artículo Octavo. Recaudo. Las empresas de servicio públicos (sic) podrán efectuar la facturación y recaudo mensual del impuesto de alumbrado público, para tal efecto se autoriza al señor Gobernador del Departamento a celebrar el convenio de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público con la empresa de servicios públicos de energía eléctrica.

Artículo Noveno. Apropriaciones presupuestales. El Departamento apropiará los recursos necesarios para pagar los costos del impuesto de alumbrado público, y estimará los ingresos por este concepto, de conformidad con (sic) artículo 7° de la Resolución CREG 043/95, el Decreto (...) de 2006, y el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007.

Artículo Décimo. Facúltese al señor Gobernador del Departamento para comprometer vigencias futuras y destinar hasta un veinte por ciento (20) del total del recaudo mensual del impuesto de alumbrado público, para atender los costos y gastos que demande la instalación, administración y operación del sistema de semaforización.

Artículo Decimo (sic) Primero.- Deróguese la Ordenanza No. 026 de Noviembre 29 de 2009, y todas las disposiciones que le sean contrarias.

Artículo Decimo (sic) Segundo.- Vigencia. *La presente ordenanza entrará en vigencia dos meses después de su sanción y publicación.”.*

1.1.1. Normas violadas.

El demandante invocó como normas violadas los artículos 1°, 287-3, 300-4, 303, 313 y 338 de la Constitución Política y la Ley 819 de 2003.

1.1.2. Concepto de la violación

El demandante citó los artículos 2 del Decreto 2424 de 2006 y el artículo 130 de la Resolución CREG 043 de 1995 y concluyó que dichas normas invocan la responsabilidad municipal por la electrificación pública que se concesiona.

Dijo que el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 otorgó a la CREG una facultad que es ajena a sus competencias constitucionales, que es la de carácter tributario para el reglamento del cobro del impuesto de alumbrado público con fundamento en lo que denominó *leyes defectuosas*, tales como la Ley 97 de 1913, 84 de 1915 y 94 de 1931.

Indicó que paralelo a la existencia de normas de carácter regulatorio, *“ha sido prevista una legislación estrictamente tributaria, con un instrumento jurídico tributario encaminado a recuperar el costo en que incurren las entidades locales al prestar por sí mismas o por terceros el servicio de iluminación pública. La antigüedad y la vaguedad de las normas que establecieron el costo de un ‘impuesto sobre el servicio de alumbrado público’ (Art. 1 Ley 97*

de 1913), así como la falta de claridad sobre los elementos esenciales del impuesto, han impedido la efectividad y certeza de su cobro.”

Adujo que la indeterminación del hecho generador ha permitido, a lo largo de los años, que sean los concejos municipales o distritales o, para el caso de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la asamblea departamental quienes establezcan el objeto del tributo y los hechos económicos reveladores de capacidad contributiva para el impuesto de alumbrado público, lo que resulta inadmisibles *“porque implica que cada ente territorial puede ampararse en la autorización legal en blanco, para crear bajo la misma denominación, gravámenes totalmente diferentes sin ningún límite legal cualitativo ni cuantitativo, debido a que los elementos esenciales no son generales para todos los municipios ni para todos los contribuyentes.”*

Sostuvo que mientras algunos municipios establecen el cobro del impuesto de alumbrado público ligado al impuesto predial, otros liquidan y cobran el impuesto por la percepción del servicio público domiciliario de energía, por la realización de actividades dentro de su jurisdicción, con base en la facturación del servicio de energía, de los ingresos que se obtengan por una actividad específica de los contribuyentes o por una tarifa fija por estrato residencial. Que esa multiplicidad de bases gravables usadas por los municipios ha dado lugar a un verdadero caos que contraviene los principios de unidad económica nacional, de generalidad, de equidad y de legalidad del sistema tributario y de capacidad contributiva de los sujetos.

Dijo que el literal a) del artículo 1° de la Ley 84 de 1915 es inaplicable porque no cumple con las exigencias establecidas en los artículos 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, en tanto que no señala cuál es el hecho generador, el sujeto pasivo, la base gravable ni la tarifa del impuesto, y mucho menos establece parámetros que permitan determinarlos.

Sostuvo que el Consejo de Estado, en múltiples jurisprudencias, ha considerado que los concejos podían determinar los sujetos pasivos, las bases gravables y las tarifas del impuesto del servicio de alumbrado público, de manera que guardaran relación con el hecho generador. Que consideró como sujetos pasivos a quienes residieran en el municipio o realizaran actividades en él y que la cuantificación del tributo debía ser compatible con la naturaleza jurídica, fijándose *“en referencia a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él o se relacione con éste.”*

Citó las sentencias que, según dijo, datan del 17 de julio y del 4 de septiembre de 2008, que habría proferido la Sección Cuarta del Consejo de Estado, para concluir que la indeterminación del hecho generador no es superable, aún si se siguieran las reglas de interpretación admisibles en derecho, pues cada entidad territorial podría crear bajo la misma denominación gravámenes totalmente diferentes, sin límite legal y cuyos elementos esenciales no se identificaran entre sí.

Expresó que el literal d) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913, al carecer de los requisitos previstos en la Constitución Política (art. 338), ha perdido aplicabilidad y no puede desarrollarse porque conllevaría a la violación de los principios generales del derecho tributario, pues no sería la ley la que crearía

el tributo, sino un acuerdo u ordenanza en ejercicio de una autonomía fiscal no prevista en la Constitución, pues dicha potestad está limitada por la Constitución y la ley a las entidades territoriales.

Alegó que la indeterminación de la norma condujo a que la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina creara el objeto del tributo y los hechos económicos reveladores de la capacidad contributiva para el impuesto de alumbrado público, lo que es inadmisibles en el ordenamiento constitucional actual, pues se contrarían los artículos 338, 300 y 313 -4 superiores.

Dijo que la ordenanza No. 010 de 2010 estableció los elementos del impuesto: fijó los hechos generadores, según las más variadas situaciones, bien se trate del estrato o del sector, con lo que creó, además, una enorme desigualdad y gravó la propiedad, las actividades, el consumo de energía, el uso de los predios y estableció una serie de gravámenes diferentes al que podría ser el alumbrado público, sin parámetro alguno de referencia y sin competencia para hacerlo.

Indicó que de la simple lectura del acto atacado, se evidencia que se encuentran gravadas la propiedad y el arrendamiento de un bien inmueble, el porcentaje sobre el consumo mensual de energía eléctrica, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de energía, las empresas dedicadas al transporte de petróleo y sus derivados, las empresas de telecomunicaciones fijas o móviles, parabólicas, TV cables, empresas que poseen subestaciones o estaciones de gas, empresas que poseen puertos marítimos, las empresas que autogeneran su propia energía eléctrica, el

sector residencial según porcentaje para cada estrato, sectores comercial, industrial, oficial y de servicios, una base fija según el nivel de tensión más un porcentaje variable, un sector especial que no se identifica en la ordenanza demandada, incluso los propietarios de predios no suscriptores del servicio de energía eléctrica deberán pagar alumbrado público con base en la liquidación del impuesto predial unificado equivalente al 10% anual. Además de los bancos, el concesionario del aeropuerto y el muelle departamental, empresas de transporte aéreo, transporte, explotación o comercialización de petróleo y sus derivados (estaciones de servicio). Además de disponer de un aumento mensual del impuesto sin que la asamblea deba autorizarlo.

Que, adicionalmente, el acto demandado faculta al gobernador para que los recursos se entreguen al manejo de particulares, en uso de la figura de socio estratégico, y para comprometer vigencias futuras de manera irrestricta, todo esto sin previa autorización de la asamblea y del Confis territorial o de quien haga sus veces, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 819 de 2003 y sus reglamentos.

Finalmente, adujo que la Ley 1386 de 2010 prohíbe que las entidades territoriales deleguen a cualquier título la administración de los diferentes tributos, mediante contrato o convenio alguno, y que de la lectura de la ordenanza lo que se advierte es que ante el vencimiento del término para que una empresa de economía mixta administre los recursos públicos y se lucre de ellos, le bastará a los particulares con aportar un certificado bancario en el que conste el estudio del crédito con cuyos recursos se constituiría la

empresa, como dice que ocurrió “*en el pasado proceso de selección del socio estratégico*”.

Finalmente, hizo un recuento de las normas que rigen el impuesto de alumbrado público y reafirmó que la ordenanza demandada vulneró las normas superiores en las que debía fundarse.

1.1.3. SUSPENSIÓN PROVISIONAL

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante auto del 8 de noviembre de 2010², negó la suspensión provisional solicitada por el demandante³, decisión que no fue objeto de recurso.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no contestó la demanda.

1.3. INTERVENCIÓN DE EMDESAI S.A.

La Empresa Departamental de Servicios Públicos S.A. –EMDESAI S.A.- mediante apoderado judicial, pidió que le fuera reconocida la calidad de litisconsorte necesario, en razón a que los recursos que se recaudan a partir de la aplicación de la Ordenanza No. 010 de 2010 están destinados a financiar la prestación de los servicios públicos de alumbrado y

² Folios 120 a 127.

³ Folios 1 a 6.

semaforización en la Isla de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, razón por la que podía resultar afectada con la decisión que adoptara el Tribunal.

Mediante auto del 22 de marzo de 2011, la magistrada ponente del presente asunto en la primera instancia decidió tener a EMDESAI S.A. como parte impugnadora de la demanda, razón por la que se sintetiza a continuación su alegato.

Dijo el apoderado de EMDESAI S.A. que el demandante cuestionó la Ordenanza No. 010 de 2010 por vicios de inconstitucionalidad, razón por la que la acción correspondiente era la de inconstitucionalidad y no la de simple nulidad.

Hizo un recuento de la jurisprudencia proferida tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, en materia de autonomía de las entidades territoriales para establecer impuestos, y, en especial, en la adopción del impuesto de alumbrado público y concluyó que:

- a) El acto administrativo demandado no infringe las normas en que debió fundarse. Que, por el contrario, acató todas y cada una de dichas normas. No inobserva las reglas constitucionales y legales necesarias para regular un impuesto y la Asamblea tampoco desbordó los límites que le fueron impuestos por esas normas superiores.
- b) Las entidades territoriales poseen absoluta competencia para regular los elementos del tributo a partir de los fundamentos básicos proporcionados por el legislador. Esto es, que el impuesto hubiera sido autorizado por la ley y que se estableciera el hecho generador,

presupuestos que se encuentran cumplidos desde 1913, como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades.

Alegó que el Consejo de Estado, en las sentencias dictadas en los expedientes No. 16544 del 9 de julio de 2009 y No. 16667 del 11 de marzo de 2010, concluyó que los concejos municipales sí tienen autonomía para regular los elementos de los impuestos dentro de su jurisdicción.

Transcribió amplia jurisprudencia para concluir que los actos administrativos demandados están debidamente fundamentados en una ley que cumple con todos los requisitos constitucionales y jurisprudenciales y, en consecuencia, no contravienen normas, principios o deberes constitucionales o legales, razón por la que debían desecharse las pretensiones de la demanda.

1.4. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia del 11 de agosto de 2011, anuló los artículos quinto, sexto, séptimo y décimo de la Ordenanza No. 010 de 2010.

Adujo que de la lectura de la ordenanza demandada se advertía la deficiente redacción, la falta de claridad y de técnica legislativa con la que había sido dictada.

Indicó que los artículos quinto y sexto –que establecen las bases gravables y tarifas- carecían de la generalidad y de la simplicidad que debía caracterizarlas para facilitar el entendimiento y cumplimiento por parte de los

destinatarios. Que el artículo 5 era una norma que lejos de señalar los criterios de determinación del valor que pagarán los contribuyentes, confundía a los sujetos pasivos con la base de la cuantificación del impuesto. Que esa base gravable se señalaba de forma prácticamente ininteligible, confusa y contraria al principio de certeza.

En relación con el artículo sexto, adujo que si bien la noción de tarifa que consagra la norma sugiere el establecimiento de una suma fija final, en realidad, el texto señala, en los diferentes grupos tarifarios, sumas fijas o expresadas en salarios mínimos, combinadas con porcentajes, que se aplicarían a una base gravable no definida.

El Tribunal también dijo que por concepto del impuesto de alumbrado público no podía exigirse un valor que excediera del costo del servicio, que constituye un parámetro fundamental o el criterio que rige el quantum de imposición y cuya inobservancia viciaba de nulidad el acto administrativo de adopción del tributo. Que, en consecuencia, resultaba ilegal la destinación establecida en el artículo 10 de la ordenanza demandada, del 20% de tributo, dirigida a sufragar los gastos por semaforización.

Sobre el particular, el Tribunal sostuvo que la resolución CREG 043 de 1995 dijo que en el servicio de alumbrado público se incluirían los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el municipio, pero que dicha inclusión sólo se refería al suministro de la energía para su operación, más no para la financiación de la instalación, administración y operación del sistema de semaforización.

Que legalmente no era posible que el Departamento exigiera a los

contribuyentes -sujetos pasivos- por concepto del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, más de lo que está obligado a pagar a las empresas. Que, por consiguiente, la determinación del monto individual del tributo debía tener en cuenta ese límite, que, en este caso, no se observó, pues se adicionó con un costo no autorizado, como lo es la financiación para la instalación de semáforos.

Adujo que la ordenanza demandada no parecía consultar el costo y el valor presupuestado, sino una determinación arbitraria y sin relación con el servicio de alumbrado que le daba sustento.

En cuanto al artículo séptimo de la ordenanza demandada, adujo que la metodología de ajuste mensual de las tarifas carecía de justificación y de respaldo normativo, pues en la estructura del impuesto está previsto que se distribuya a los contribuyentes la totalidad del costo del servicio, de suerte que de producirse incrementos éstos se irrigan automáticamente. Que, entonces, no resultaba claro por qué el aumento se preveía en la norma y, por el contrario, sí encontró probada la violación de los principios de equidad y capacidad contributiva, además de la evidente violación del artículo 9 del Decreto 2424 de 2006 y del parágrafo del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995.

Por último, en relación con la autorización para comprometer vigencias futuras establecida en el artículo 10 del acto administrativo acusado, alegó que existen límites constitucionales y legales al ejercicio de la atribución de los entes departamentales para comprometer recursos de anualidades posteriores provenientes del recaudo del impuesto de alumbrado público para financiar proyectos.

Indicó que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 819 de 2003, se requiere de la autorización previa del CONFIS territorial, requisito que no se cumplió en este caso. Que dicha facultad, además, se confirió de manera amplia e ilimitada, razón por la que no estaba ajustada a las normas superiores.

Finalmente, se abstuvo de estudiar los demás artículos de la ordenanza demandada, pues si bien el actor dirigió la demanda contra todo el articulado, lo cierto es que los cargos sólo se dirigieron a desvirtuar la legalidad de los artículos quinto, sexto, séptimo y décimo.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN

EMDESAI S.A., el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el demandante apelaron la sentencia. Sin embargo este último recurso fue desechado por extemporáneo.

1.5.1. Recurso de apelación de EMDESAI S.A.

El apoderado judicial de **EMDESAI S.A.** alegó que el demandante en realidad presentó un único cargo contra la Ordenanza No. 010 de 2010, pues los demás cargos que se desarrollaron en la sentencia de primera instancia

no aparecen formulados concretamente en el escrito de la demanda, razón por la que consideró que la decisión del Tribunal fue *extra petita*.

Dijo que frente al único cargo propuesto (a su juicio el de la falta de competencia de las Asambleas Departamentales para adoptar y desarrollar el impuesto de alumbrado público), la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-504 de 2002 y C-1055 de 2004, declaró exequibles las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada constitucional.

Por demás, reiteró y transcribió las conclusiones presentadas en el escrito de contestación y pidió que se revocara la decisión de primera instancia.

1.5.2. Recurso de apelación del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

La apoderada judicial del **Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina** también presentó apelación contra la sentencia de primera instancia.

Adujo que la acción de nulidad no era la adecuada para tramitar las pretensiones del actor, pues tal como está planteado en la demanda, el actor cuestiona la constitucionalidad de la Ordenanza No. 010 de 2010, razón por la que debió presentar una “excepción de inconstitucionalidad”.

Dijo que el artículo 338 de la C.P. es el marco que rige la competencia impositiva territorial. Que, en ese orden, existe una autorización genérica a los municipios para establecer el impuesto de alumbrado público y para darle al recaudo del impuesto el destino que se considere más conveniente para atender los servicios municipales, pues la ley no determinó de manera específica la estructura del impuesto y, por tanto, el desarrollo de los elementos sustantivos: hecho generador, sujeto pasivo, base gravable y tarifa.

Sostuvo que la Ley 97 de 1913, que sirvió de fundamento para expedir el acto acusado, fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-504 de 2002, en la que se indicó que bajo una sana interpretación de las normas constitucionales, las entidades territoriales, mediante ordenanzas o acuerdos, bien pueden fijar los elementos de las diferentes contribuciones creadas por la ley.

Dijo que el artículo 338 de la C.P. estableció una escala de competencias que permite al Congreso, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales imponer tributos y fijar directamente los sujetos de esos tributos.

Que, en este caso, la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se atuvo a las leyes habilitantes que definen los elementos del impuesto de alumbrado público y dictó la ordenanza demandada, previo estudio y cumplimiento del marco normativo. Que, en consecuencia, el acto administrativo demandado se ajusta a las normas que regulan la materia,

esto es, a la Ley 97 de 1913, Ley 84 de 1915, Resolución CREG 043 del 23 de octubre de 1995, 043 de 1996, 089 de 1996 y 076 de 1997.

Dijo que, mediante la sentencia del 30 de junio de 2009⁴, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Administración Departamental fue condenada a efectuar las gestiones administrativas y presupuestales tendientes a obtener los recursos necesarios para la realización de la señalización, semaforización, colocación de reductores de velocidad y mantenimiento a las cebras que regulan la circulación vehicular y peatonal. Que, en consecuencia, el departamento debió destinar un porcentaje del impuesto de alumbrado público para atender los gastos y costos que demanda la adopción y prestación del servicio público de semaforización en la Isla, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la C.P.

Por todo lo anterior, manifestó que en este caso se está frente a una jurisprudencia que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional y que las normas que sirvieron de fundamento a la expedición de la ordenanza 010 de 2010 tienen total aplicabilidad para la fijación del tributo en el departamento archipiélago.

Dijo que en la sentencia C-035 de 2009, la Corte Constitucional, luego de efectuar un extenso y exhaustivo estudio de la jurisprudencia constitucional sobre el impuesto de alumbrado público, concluyó que los entes territoriales tienen competencia para fijar los tributos, siempre que el legislador

⁴ Mediante la que se ampararon los derechos colectivos al goce del espacio público, a la defensa de los bienes de uso público y a la seguridad pública, al derecho y prevención de desastres previsibles técnicamente y a que los desarrollos urbanos den prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

establezca los parámetros mínimos: (i) la autorización del gravamen y (ii) la delimitación del hecho gravado con el mismo. Que esa posición fue acogida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en las sentencias del 9 de julio de 2009 [Expediente 16544], del 6 de agosto de 2009 [Expediente 16315] y del 11 de marzo de 2010 [Expediente 16667] y en estas se rectificó la postura sentada en la sentencia del 17 de julio de 2008 [Expediente 16170].

Finalmente, dijo que del concepto de servicio de alumbrado público establecido en la Resolución CREG 043 de 1995 se infiere que el sistema de semaforización es también un componente del alumbrado público y, por lo tanto, la facultad otorgada al Gobernador por parte de la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina se ajusta a la norma.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no alegaron de conclusión.

1.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Ministerio Público** conceptuó que los recursos de apelación presentados por las partes no esgrimieron argumentos de inconformidad contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo, razón por la que pidió confirmar la decisión de primera instancia.

Adujo que contrario a lo expuesto por los apelantes, el Tribunal examinó como cuestión previa la procedencia de la acción de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A. para cuestionar la ordenanza No. 010 de 2010, proferida por la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y sostuvo que sí era el mecanismo idóneo.

Además, dijo que pese a que el demandante dirigió la demanda contra la integridad de la ordenanza, lo cierto es que los argumentos sólo cuestionaron los artículos que establecieron los elementos del tributo y la autorización de la asamblea al gobernador del departamento para comprometer las vigencias figuras del mismo tributo. Que, por esa razón, el tribunal se pronunció sobre esos artículos y no produjo una sentencia *extra petita*.

Sostuvo que no era procedente el examen de la inconformidad de las apelaciones, en relación con la inaplicación del artículo 1º literal d) de la Ley 97 de 1913, solicitada en la demanda, pues el Tribunal reconoció en la sentencia que el departamento gozaba de la facultad para señalar los elementos del tributo en cuestión, conforme como lo ha sostenido la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado⁵.

Agregó que aun cuando el impuesto de alumbrado público es de carácter municipal, conforme con lo dispuesto en la Ley 97 de 1913, en este caso la competencia radica en el departamento archipiélago, de acuerdo con el

⁵ Sentencia 16315 del 6 de agosto de 2009.

artículo 8 de la Ley 47 de 1993, que autoriza a dicha corporación para ejercer las funciones de los municipios, mientras éstos no sean creados.

En cuanto a la destinación del 20% del impuesto de alumbrado público para semaforización, dijo que si bien el artículo 1° de la Ley 97 de 1913 autorizó a los municipios para establecerlo y organizar su cobro, no es posible que las entidades territoriales le den una destinación específica al impuesto recaudado, como la establecida en el artículo 10 de la ordenanza demandada.

Indicó que la gestión ordenada en la acción popular a que alude el departamento en el recurso de apelación, conlleva que debe preveer de su presupuesto general una partida para atender ese orden, pues la decisión de esa clase de acciones constitucionales consiste en una orden de hacer o de no hacer para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado y prevenir sobre las acciones u omisiones que lo generaron, así como el posible pago de perjuicios, sin tener el alcance de imponer modificaciones a la destinación de los impuestos con el fin de hacer cumplir esa orden.

Finalmente, dijo que si bien la definición del servicio de alumbrado público contenida en la Resolución CREG 043 de 1995 incluía el sistema de semaforización, ese aspecto no se mantuvo en el Decreto 2424 de 2006 y que, en todo caso, tales definiciones no tienen el alcance para modificar la destinación del impuesto, pues esa es una función que sólo corresponde al legislador por mandato del artículo 338 constitucional.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación presentado por EMDESAI S.A. y el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Sala estudiará si la Ordenanza No. 010 de 2010, proferida por la Asamblea del departamento archipiélago mencionado vulneró las normas superiores que debían fundar la adopción de dicho impuesto.

2.1. Cuestiones previas

2.1.1. De la clase de acción impetrada por el demandante

A juicio del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, lo procedente era que el demandante presentara una “excepción de inconstitucionalidad” y no que la demanda se tramitara en ejercicio de la acción de simple nulidad.

La empresa EMDESAI S.A. es más clara en precisar que el demandante debió interponer la acción de nulidad simple pero por inconstitucionalidad, habida cuenta de que las normas citadas como violadas son de ese orden. En este sentido se abordará el análisis.

Pues bien, los apelantes fundan su pretensión en que el actor, en el acápite de normas violadas, sólo se refirió a normas de rango constitucional y, en que en el concepto de la violación, dijo que “*el artículo 1° literal a) de la Ley*

85 de 1915 era inaplicable por no cumplir las exigencias de los artículos 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política.”

A diferencia de lo que alegó el departamento apelante, la Sala considera que la acción de nulidad simple se erige como el mecanismo idóneo para controvertir la legalidad de la Ordenanza No. 010 de 2010, como pasa a verse.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A., la acción de nulidad tiene como finalidad que se declare la invalidez de un acto administrativo que se considera viciado en uno o varios de sus elementos.

Las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en el artículo 84 ibídem, tienen directa relación con los elementos del acto mismo. La ley nos presenta los elementos del acto administrativo en forma negativa o viciada, pero detrás de esas nulidades lo que aparece es el conjunto de condiciones necesarias para que exista válidamente un acto administrativo: competencia, formas y procedimientos, incluido el derecho de audiencia y defensa para los actos punitivos o contrarios a los derechos de las personas, la motivación, la finalidad y el contenido u objeto. Dichas causales de nulidad son:

- 1) Cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse. (Vicio de contenido)
- 2) Cuando quien expida el acto no tenga competencia para hacerlo. (Vicio de competencia)
- 3) Cuando el acto se expida en forma irregular, es decir, con violación del derecho al debido proceso. (Vicio de forma y procedimiento)

- 4) Cuando en la expedición se desconocen los derechos de audiencia y defensa del interesado; causal *ad hoc* de la expedición irregular, o,
- 5) Cuando el acto se expida mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Vicios de motivo y de finalidad)

En este caso, de acuerdo con lo expuesto por el demandante, la Ordenanza No. 010 de 2010 no se ajusta a las normas superiores en las que debía fundarse, esto es, a los artículos 313 y 338 de la Constitución Política.

Así mismo, alegó la inaplicabilidad del artículo 1° de la Ley 97 de 1913 y del literal a) del artículo 1° de la Ley 84 de 1915, porque no cumplen con las exigencias de los artículos 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, al no señalar el hecho generador, el sujeto pasivo, la base gravable ni la tarifa del impuesto sobre el servicio de alumbrado público ni establecer parámetros que permitan determinarlos. Para el efecto, invocó la excepción de inconstitucionalidad de dichas normas.

Esta Sección, en la sentencia del 10 de febrero de 2011, dictada en el expediente No. 16690, hizo la distinción entre las acciones de nulidad, prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984⁶, y la acción de nulidad por

⁶ La Ley 1437 de 2011 regula en el artículo 135 el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, en el siguiente sentido:

ARTÍCULO 135. NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos [237](#) y [241](#) de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.*

PARÁGRAFO. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la

inconstitucionalidad, prevista en el numeral 2 del artículo 237 de la C.P., que en esta oportunidad se reitera.

El artículo 237 de la Carta Política atribuye al Consejo de Estado dos grandes funciones judiciales: (i) Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley y, (ii) Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de

violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales. (Parágrafo declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante sentencia [C-415-12](#) DE 6 DE JUNIO DE 2012, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo).

“*Inciso declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-400-13](#) de 3 de julio de 2013, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, ‘bajo el entendido de que a la Corte constitucional le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley’.

“A partir de los criterios expuestos, la Corte Constitucional también ejerce control de exequibilidad sobre decretos o actos atípicos o especiales, diferentes a los indicados en los artículos [241](#) y [10°](#) transitorio de la Constitución, que por mandato de la carta política también contienen fuerza material de ley, como los del siguiente listado, que no pretende ser taxativo sino meramente enunciativo: (i) Decretos con fuerza de ley, expedidos con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991; (ii) decretos compilatorios de normas con fuerza de ley; (iii) decretos que declaran un estado de excepción; (iv) decretos expedidos con base en disposiciones constitucionales transitorias diferentes al artículo [10°](#) transitorio; (v) decretos que corrigen yerros de normas con fuerza de ley; etc.

Adicionalmente, esta corporación también ha reconocido su competencia para conocer, en específicas circunstancias de control, la exequibilidad de (i) decretos de ejecución de la convocatoria a referendo; (ii) acto electoral que determina el censo en el marco de una reforma constitucional mediante referendo; (iii) acto electoral que declara la aprobación de un referendo; (iv) actos de gestores de una iniciativa popular para el trámite de una ley que convoca a referendo; (v) decretos de convocatoria al Congreso a sesiones extraordinarias; (vi) decretos o actos adoptados en cumplimiento de un acto legislativo; y (vii) acuerdos internacionales simplificados reguladores de materias propias de un tratado internacional. (...).

‘(...) corresponderá al Consejo de Estado el conocimiento de los mismos conforme a la regla, según la cual, compete al tribunal supremo de lo contencioso administrativo conocer de la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos o actos que no están atribuidos a la Corte Constitucional (arts. [237-2](#) superior y [135](#) de la Ley 1437 de 2011).

Tampoco encuadran en el contenido material de ley, los reglamentos del Presidente de la República que pretendan modificar o adicionar una ley, en cuanto la incompetencia advertida del Jefe de Estado habrá de ventilarse a través de la acción de nulidad de actos administrativos de carácter general (art. [137](#) de la Ley citada), dado que esa irregularidad no será porque haya vulnerado la materialidad de ley, sino, propiamente, los límites sobre los cuales se edifica la potestad reglamentaria (art. [189-11](#) Const.).

Adicionalmente, cabe destacar los decretos o actos que desarrollan las leyes marco o cuadro, previstas en el artículo [150-19](#) constitucional, acerca de los cuales existe consenso en advertir que carecen de contenido material de ley, al ser “actos administrativos derivados de una suerte de potestad reglamentaria ampliada”, es decir, en ámbito mayor al señalado para los expedidos en desarrollo del artículo [189-11](#) ib. Así también lo ha explicado el Consejo de Estado, al establecer que “si bien no es un decreto reglamentario común pues tiene un campo de acción mucho mas amplio, no tiene naturaleza legislativa y no puede per se, alcanzar a derogar leyes o decretos con fuerza de ley”. Ello, en cuanto las leyes marco no reportan una delegación al Ejecutivo de facultades extraordinarias de tipo legislativo, de manera que tales decretos no ostentan rango de ley, sino que constituyen decretos ejecutivos.”

<http://www.secretariassenado.gov.co/>

los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

El Código Contencioso Administrativo desarrolla la atribución de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, mediante la asignación de la competencia que le corresponde ejercer, entre otros, en procesos de única instancia que se inicien en ejercicio de la acción de nulidad de actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional, o por las personas o entidades de derecho privado cuando, cumplan funciones administrativas del mismo orden, y en segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de los Tribunales Administrativos proferidas dentro de los procesos de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, distrital y municipal, o por las personas o entidades de derecho privado, cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

*De conformidad con el artículo 84 del C.C.A., cualquier persona puede interponer la acción de nulidad cuando advierta que los actos administrativos **infrinjan las normas en que deberían fundarse.***

Se infiere entonces, que quien demanda puede citar normas de orden superior a la demandada, sin distinguir si se encuentran en la Constitución o en leyes o en decretos leyes o en decretos autónomos o en decretos reglamentarios u otro tipo de normas, pero, en todo caso, de carácter superior al acto administrativo general demandado, pues la norma exige que haya supeditación, en la medida que ese acto debía fundarse en la norma que se considera infringida.

En ese contexto, el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, salvaguardaría el ordenamiento jurídico general, incluido el ordenamiento constitucional, en ejercicio de la acción de nulidad simple.

Ahora bien, conforme con la segunda gran atribución prevista en el Numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, le corresponde al Consejo de Estado conocer de las “acciones de nulidad por inconstitucionalidad” de los

decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Conforme con el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A.⁷ y el numeral 9 del artículo 37 de la Ley 270 de 1996, la competencia para decidir esas acciones radica en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y se tramita con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes del Código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, puede tener un término máximo de diez (10) días.

A efectos de distinguir esta acción con la de nulidad simple de los demás decretos del orden nacional dictados por el Gobierno Nacional, la norma en comento precisó que las acciones de nulidad simple se tramitarán y decidirán por las secciones respectivas, conforme a las reglas generales del Código y el reglamento de la Corporación.

Con fundamento en la norma citada, la apoderada de la Nación también puso de presente que de la sentencia C-560 de 1999 se infiere que el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A., modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, se refiere a los decretos con fuerza de ley y que, por tanto, sólo contra esos decretos es pertinente interponer la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

La Sala considera que no le asiste razón a la apoderada de la nación, porque la sentencia C-560 de 1999 sólo reitera que el Consejo de Estado tiene la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de todos los decretos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, sean actos de gestión o actos de autoridad⁸.

⁷ Modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998.

⁸ Sentencia C-560 de 1999 ¿Qué significa entonces, la expresión "y que no obedezca a función propiamente administrativa", materia de acusación? Para la Corte, no tiene otro sentido que el reiterar, en forma explícita (más allá de las contingencias de una disputa teórica) y por potísimos motivos de seguridad jurídica, que ellos quedan comprendidos en la categoría de actos que el Constituyente sustrajo de la competencia de la Corte Constitucional. Se trata de actos administrativos no sólo por el órgano de donde proceden sino también por su forma y, en principio, por su contenido.

Además, cuando la Corte se refiere a la distribución de competencias que hace el numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. en cabeza de la Sala Plena y de las respectivas secciones, la Corte no aclaró nada en particular, pues simplemente consideró lo siguiente:

*“Por tanto, la expresión cuestionada⁹, en contra de lo que sostiene el demandante, no establece ninguna restricción o limitación a la competencia atribuida al Consejo de Estado, **pues todos los decretos de carácter general** (distintos de los que tienen contenido legislativo) dictados por el Gobierno Nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, **pueden ser demandados por inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado.***

Ahora bien: la distribución de funciones entre las distintas salas y secciones del Consejo de Estado es tarea propia del legislador y, por ende, también desde este punto de vista, la norma es irreprochable. Así se desprende del artículo 236, superior, que establece:

“El Consejo de Estado se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

***La ley** señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.”*

*Tal es el fundamento del artículo 33 de la ley 446 de 1998, materia de acusación parcial, al asignar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad **de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional** y a las secciones respectivas de esa misma institución **“los demás decretos del orden nacional dictados por el Gobierno nacional”** (numeral 7 art. 97 C.C. A.), **en ambos casos, siempre y cuando éstos no hayan sido atribuidos por el constituyente a la Corte Constitucional.”***

Además, como pudiera argüirse, apelando a una vieja clasificación, que el Gobierno produce no sólo actos de gestión (típicamente administrativos) sino de autoridad (de contenido político) ha querido dejar en claro el legislador que también ellos son objeto de control, como corresponde a un Estado de derecho, y que dicho control le compete al Consejo de Estado.

⁹ “y que no obedezcan a función propiamente administrativa”

Ahora, visto el Reglamento del Consejo de Estado, tampoco se puede precisar sobre qué decretos dictados por el Gobierno Nacional se puede interponer la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

En efecto, el artículo 15 del Acuerdo 58 de 1999 reguló las condiciones para el reparto y trámite de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad y simplemente precisó lo siguiente:

“Acuerdo 58 de 1999. Artículo 15. Reparto y trámite. Las demandas que se presenten en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni a esta corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, serán repartidas por el presidente de la corporación y su trámite y decisión corresponderá a las secciones y a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las reglas que se determinan en los artículos siguientes.”

Como se aprecia, el reglamento del Consejo de Estado sigue distinguiendo las facultades que tiene la Corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y las derivadas del control de constitucionalidad, pero no especifica los decretos a los que se refiere el numeral 2 del artículo 237 de la Carta Política, cuando se trata de tramitar la acción de nulidad por inconstitucionalidad.

Ahora bien, los artículos 16 y 17 del Reglamento del Consejo de Estado regulan la competencia para la expedición de los autos de sustanciación e interlocutorios, así como de la sentencia que daba proferirse en los procesos iniciados en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, en el siguiente sentido:

“Acuerdo 58 de 1999. Artículo 16. Providencias. Las providencias previas a la sentencia, que se dicten en los procesos a que den lugar dichas acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, **serán proferidas por las secciones y consejeros ponentes atendiendo los criterios de especialización señalados en este reglamento, y conforme a las reglas de competencia previstas en el Código Contencioso Administrativo.**

Artículo 17. La sentencia que se profiera en los procesos en mención será adoptada, mediante trámite preferente, **por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**, con base en la ponencia redactada por el consejero a quien le hubiere correspondido.”

De las normas citadas se advierte claramente que en cada sección del Consejo de Estado, por especialidad, radica la competencia para adelantar el trámite de los procesos que, en ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, se inicien ante la Corporación, y a la Sala Plena le corresponde adoptar la sentencia correspondiente.

Pero, de las normas citadas no se advierte con claridad cuáles serían los decretos dictados por el Gobierno Nacional que se pueden demandar en acción de nulidad por inconstitucionalidad o en acción de nulidad simple, máxime, cuando conforme se comentó, del artículo 84 del C.C.A. no es dable inferir que se excluya la posibilidad de demandar cualquier acto por la violación de cualquier norma, sea constitucional o legal, pues lo importante es que se trate de norma a la cual deba supeditarse el acto demandado.

En consecuencia, dada la falta de claridad sobre los decretos cuyo control es de competencia de la Sala Plena, en virtud de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, y de los decretos cuyo control es de competencia de las respectivas secciones, en virtud de la acción de nulidad simple, la Sala precisa que no es pertinente arribar, con fundamento en la sentencia y normas citadas, a la conclusión a la que llegó la apoderada de la Nación para sustentar la excepción de inepta demanda por escogencia inadecuada de la acción.

*Además, del análisis integral de la Constitución, de la Ley 446 de 1998, de la Ley 270 de 1996 y del C.C.A., la Sala concluye que el control de constitucionalidad sobre **todos** los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional le corresponde al Consejo de Estado, a través de las distintas secciones, de conformidad con la distribución de competencias que hizo la ley.*

También considera que es el concepto de violación propuesto en la demanda el que permite inferir qué asunto deba ser decidido por la sección correspondiente o por la Sala Plena, más no el tipo de decreto.

Y es el concepto de violación, porque del numeral 7 del artículo 97 del C.C.A. se desprende que el control de constitucionalidad se debe ejercer cuando se propone un debate de confrontación directa entre el ordenamiento jurídico demandado y la Constitución. Si la confrontación es indirecta porque amerita el análisis previo del un ordenamiento jurídico inferior a la Constitución y superior a la norma demandada, para la Sala, habría un control de legalidad y, por lo tanto, de competencia de la respectiva sección.” (negrilla fuera de texto)

En el presente asunto, al igual que en el caso que se acaba de citar, el demandante propuso en el concepto de violación, un debate de control de legalidad, pues, aunque citó como normas violadas preceptos de la Constitución, también consideró vulnerada la Ley 819 de 2003, y, en ese sentido, sustentó el cargo de violación a las normas superiores.

Por lo anterior, la Sala considera que la sola manifestación del demandante en el sentido de que las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 eran inaplicables no torna en inepta la demanda.

De hecho, cuando el demandante sustenta que las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 son inaplicables, en realidad, parte de reconocer que existen y, en ese orden de ideas, la Ordenanza demandada le debe sujeción no solo a la Constitución, sino también a esas leyes.

A lo anterior se suma que las leyes que el demandante consideró inaplicables en este caso fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en las sentencias C-504 de 2002¹⁰ y C-1043 de 2003¹¹.

En consecuencia, el control de legalidad debe hacerse mediante el cotejo de la Ordenanza demandada, las leyes citadas y la Constitución Nacional y, en esas condiciones, la acción apropiada para el efecto es la de nulidad simple.

De manera que, no tiene asidero la excepción de indebida escogencia de la acción presentada por el Departamento Archipiélago, tal como ya lo había dicho el tribunal administrativo en la sentencia de primera instancia.

2.1.2. De si el tribunal decidió extra petita en el presente asunto

Precisado lo anterior, la Sala establecerá, además, si el Tribunal incurrió en violación del principio de congruencia, por fallar, según se alega en la apelación, más allá de lo pedido.

Esta Sección ha sostenido en anteriores oportunidades que el principio de congruencia de la sentencia exige, de una parte, armonía entre la parte motiva y la parte resolutive -congruencia interna- y, de otra, que la decisión

¹⁰ M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ M.P. Jaime Córdoba Triviño.

contenida en la sentencia sea concordante con lo pedido por las partes tanto en la demanda como en el escrito de oposición -congruencia externa- es decir, que se tome la decisión conforme se ha delimitado la controversia en el proceso¹².

En materia contenciosa, la demanda delimita el marco en el que el juez debe pronunciarse para decidir, y, a su vez, debe estar referida a los actos administrativos cuya nulidad se pide. Por eso, las normas violadas y el concepto de violación constituyen el objeto de análisis al momento de proferir la decisión¹³, concepto de violación que, a su vez, debe guardar congruencia con lo discutido en la vía administrativa y gubernativa.

En la demanda, el señor Leandro Pájaro Balseiro, pese a que pidió que se declarara la nulidad de la totalidad de la Ordenanza 010 de 2010, debió pedir la nulidad parcial, pues el concepto de la violación lo enderezó a cuestionar, únicamente, que la Asamblea Departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina excedió la potestad que le fue otorgada por las leyes creadoras del impuesto de alumbrado público (leyes habilitantes). Y aunque también aludió a la falta de claridad en la determinación de los elementos del tributo, todos estos argumentos se propusieron para reforzar la falta de competencia de la autoridad demandada para establecer el impuesto de alumbrado público en su jurisdicción.

En la sentencia de primera instancia se llegó a la conclusión de que la asamblea demandada sí tenía potestad para establecer los elementos

¹² Sentencia del 16 de agosto de 2002, expediente 12668, Consejero ponente Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹³ Sentencia del 21 de noviembre de 2007, expediente 15770, Consejero ponente María Inés Ortiz Barbosa.

constitutivos del impuesto de alumbrado público¹⁴. Sin embargo, a pesar de que la inconformidad de la demandante se centró en cuestionar dicha potestad, se tomó una decisión anfibológica, confusa, pues, por una parte, se declaró la competencia de la asamblea demandada para establecer el impuesto de alumbrado público en San Andrés, Providencia y Santa Catalina y para establecer los elementos del tributo y, por otra, declaró la nulidad de los artículos quinto, sexto, séptimo y décimo del acto acusado, pese a que en la parte considerativa concluyó que el demandante no formuló cargos concretos contra el resto del articulado de la ordenanza demandada.

Para la Sala, la decisión atiende a la pretensión que, como se dijo, se deduce del escrito de la demanda, si se tiene en cuenta que el actor la dirigió contra la totalidad de la ordenanza¹⁵, pero no es consecuente con la argumentación de la demanda y la consideración esgrimida en la sentencia, relacionada con que la autoridad demandada sí era competente para establecer los elementos constitutivos del impuesto de alumbrado público, pues, para la Sala, al ser competente, bien podía estructurarlos. Caso diferente habría sido que el actor solicitara la nulidad de toda la ordenanza, pero por falta de

¹⁴ Y tiene la potestad de adoptar el tributo y establecer los elementos constitutivos del mismo, porque conforme con el artículo 8 de la Ley 47 de 1993, la administración departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través del Gobernador y de la Asamblea Departamental, ejercerá las funciones a las que se refiere el artículo 4° de dicha Ley, además las de los municipios, mientras éstos no sean creados en la Isla de San Andrés, en desarrollo del principio constitucional de la subsidiariedad, como en efecto ocurre con el Departamento Archipiélago que, a la fecha, no ha organizado el territorio en municipios. Dice la norma:

ARTICULO 8° Ejercicio de funciones municipales. La administración departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través del Gobernador y de la Asamblea Departamental ejercerá las funciones a las que se refiere el artículo 4° de la presente Ley y además las de los municipios, mientras éstos no sean creados en la Isla de San Andrés, en desarrollo del principio constitucional de la subsidiariedad.

El ejercicio de las funciones de que trata este artículo se hará hasta la creación de los municipios a que hubiere lugar, dentro del territorio de la Isla de San Andrés y en estricto cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

¹⁵ Sin que dichas pretensiones hubieran sido concretadas por el demandante.

claridad en la estructura de los elementos del impuesto de alumbrado público y no por falta de competencia para establecerlos.

Ahora, la parte actora cuestionó, en sus propias palabras, que el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina *“Fijó los hechos generadores, según las mas variadas situaciones, bien se trate del estrato o del sector, con lo que creó, además, una enorme desigualdad y gravó la propiedad, las actividades, el consumo de energía, el uso de los predios y estableció una serie de gravámenes diferentes al que podría ser el alumbrado público, sin parámetro alguno de referencia y sin competencia para hacerlo.”*

Estos argumentos no pueden tenerse como fundamento de alguna causal de nulidad, porque no son lo suficientemente claros para abordar el análisis pertinente, salvo dentro del contexto de la causal de nulidad por falta de competencia de la entidad territorial demandada, tal como se planteó en la demanda.

Decir que la ordenanza demandada creó una enorme desigualdad, sin explicar por qué o en qué circunstancias se vulnera el principio, inhibe a la Sala de abordar el asunto de fondo.

El deber de rendir el concepto de la violación no se satisface con la simple enunciación de reproches generales contra la norma. Ese deber se satisface en la medida en que se especifique la norma que se estima violada y las razones por las cuales se considera que ocurre esa violación.

Dado que en el caso concreto las normas violadas aluden a la competencia del Departamento Archipiélago para regular los elementos del tributo, la Sala considera que el análisis debe circunscribirse a esa causal de nulidad, a falta de razones que fundamenten la queja de que el departamento gravó ciertas actividades que, a juicio del demandante, no tienen una relación ínsita con el impuesto de alumbrado público.

En ese orden, se considera que la sentencia apelada debió circunscribirse a lo pretendido esencialmente por el actor, esto es, a que se declarara la nulidad de la ordenanza demandada por presunta falta de competencia de la entidad territorial.

En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada en cuanto anuló los artículos 5, 6 y 7 de la Ordenanza No. 010 de 11 de mayo de 2010.

No ocurre lo mismo con el artículo décimo de la ordenanza cuestionada, pues el actor, en la demanda, claramente cuestionó la competencia de la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para comprometer vigencias futuras y estructuró debidamente el cargo de nulidad.

Por eso, en la sentencia apelada se decidió anular el artículo décimo, decisión que fue controvertida por el departamento archipiélago, razón por la que la Sala procede a emitir un pronunciamiento de fondo sobre el particular.

2.1.3. De la facultad otorgada al Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para comprometer vigencias futuras

El Tribunal anuló el artículo 10 de la Ordenanza demandada porque

consideró que la Asamblea Departamental debió conseguir autorización previa del CONFIS territorial, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 819 de 2003, que al tenor dispone:

“Artículo 12. Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

- a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley;*
- b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;*
- c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.*

La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, se excede su capacidad de endeudamiento.

La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declare de importancia estratégica.

En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o

gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Parágrafo transitorio. *La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo.” (subrayas de la Sala)*

En la apelación, el departamento demandado no controvierte la razón fundamental de la decisión de nulidad. Se limita a decir que esa facultad se justifica en el hecho de que el Departamento fue condenado por un juez administrativo en sentencia proferida en un proceso de acción popular, a que efectuara las gestiones administrativas y presupuestales pertinentes para obtener los recursos necesarios para señalizar, semaforizar, poner reductores de velocidad y mantenimiento de las cebras que regulan la circulación vehicular y peatonal en el departamento archipiélago, y que, por eso, se decidió destinar un porcentaje del impuesto de alumbrado público para atender los gastos y costos que demanda la adopción y prestación del servicio de semaforización. Dijo, además, que el servicio de semaforización forma parte del servicio de alumbrado público conforme con la definición que trae la Resolución CREG 043 de 1995.

Pues bien, la Sala considera que si bien es cierto que la semaforización forma parte del servicio público de alumbrado público, ni ese hecho, ni la sentencia que le impuso al departamento archipiélago la carga de semaforizar desvirtúan el hecho de que la asamblea departamental debió obtener la autorización previa del CONFIS.

En efecto, revisada la exposición de motivos de la Ordenanza, la Sala advierte que no aparece prueba de que la asamblea demandada hubiere solicitado al Confis territorial o a la entidad que hiciera sus veces, la autorización para comprometer los recursos de vigencias futuras, obtenidos del recaudo del impuesto de alumbrado público. En consecuencia, es evidente la violación de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003.

Conforme con lo expuesto, la Sala modificará la decisión de primera instancia, en el sentido de confirmar la nulidad, únicamente, del artículo décimo de la ordenanza 010 de 2010, por cuanto contraría lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 1913.

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,

F A L L A

PRIMERO. MODIFÍCASE el numeral primero de la sentencia apelada, que quedará así:

“Primero: DECLÁRASE LA NULIDAD del artículo DÉCIMO de la Ordenanza No. 010 de 11 de mayo de 2010 ‘Por el cual (sic) se modifica parcialmente la 014 de 2007, por el cual (sic) se establece el impuesto al alumbrado público del Departamento Archipiélago en San Andrés, providencia y Santa Catalina’, expedida por la Asamblea Departamental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en relación con el impuesto de alumbrado público.

SEGUNDO: CONFÍRMASE, en lo demás, la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Esta 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**

