

SENTENCIA DE NULIDAD – Efectos

Ejecutoriada la decisión anulatoria de los Acuerdos 11 de 2003 y 5 de 2004 del Concejo Municipal de Zona Bananera, surte el efecto jurídico previsto en el inciso primero del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, que impide pronunciamiento adicional, pues declarada la nulidad de tales Acuerdos tiene fuerza de cosa juzgada erga omnes. Por lo anterior, se revocaran los numerales 1° y 2° de la sentencia aquí apelada y, en su lugar, frente a las pretensiones de nulidad del “parágrafo 2 del artículo 6° del Acuerdo 11 del 2003”, de los apartes “demás personas que de conformidad con el presente Acuerdo desarrollen actividades económicas en la jurisdicción del Municipio de Zona Bananera” del artículo 1° y “para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales” del primer inciso del artículo 2 y del “parágrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo 005 de 2004, ambos del Concejo Municipal de Zona Bananera y las pretensiones que en subsidio formuló el demandante, se ordenará estarse a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia del 30 de septiembre de 2009 mencionada.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 11 DE 2003 (29 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 6 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 1 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 2 (Anulado) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 6 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 7 (No anulado)

SENTENCIA – Requisitos / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Aplicación. Vulneración / DEMANDA – Marco de decisión del juez

El Código Contencioso Administrativo preceptúa que la sentencia debe motivarse. Que en ella se deben analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones.

Por su parte, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., establece que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda [...] y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. Y la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el principio de congruencia de la sentencia exige, de una parte, que exista armonía entre la parte motiva y la parte resolutive, lo que se denomina congruencia interna y, de otra, que la decisión contenida en ella sea concordante con lo pedido por las partes tanto en la demanda como en el escrito de oposición, denominada congruencia externa, es decir, que se tome la decisión conforme se ha delimitado la controversia en el proceso. En materia contenciosa, la demanda constituye el marco en el que el juez debe pronunciarse para decidir la controversia. Las normas violadas y el concepto de violación constituyen el objeto de análisis al momento de proferir la sentencia. Confrontadas la pretensión y la parte resolutive de la sentencia, se advierte que le asiste razón al municipio recurrente, pues no existe congruencia dado que el juzgador fue más allá de lo pedido. Además, revisado el texto de los artículos respectivos, transcritos al inicio de esta providencia, se observa que las partes no demandadas tienen sentido y contenido,

es decir, son independientes, por ende subsistirían aunque los apartes demandados fueran retirados del ordenamiento legal, sin que pueda predicarse que conforman un todo inseparable que obligue, en caso de ilegalidad, a retirarlo en su totalidad.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 170 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 305

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 11 DE 2003 (29 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 6 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 1 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 2 (Anulado) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 6 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 7 (No anulado)

FACULTAD IMPOSITIVA DE LOS ENTES TERRITORIALES – Es directa / ELEMENTOS DEL TRIBUTO – Los pueden establecer dentro de los límites del legislador los entes territoriales / TRIBUTOS – Su creación es exclusiva del legislador / IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Consagración legal. Facultad de los entes territoriales

Conforme al artículo 338, inciso primero, de la Constitución Política se confiere a las Asambleas y Concejos la atribución de determinar, “directamente”, los elementos de la obligación tributaria del orden departamental, distrital y municipal de conformidad con las pautas dadas por el legislador. Esta norma armoniza con el artículo 278-3 ib que faculta a los entes territoriales para establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, si bien, deben hacerlo “dentro de los límites de la Constitución y la ley”. Al tenor de estas disposiciones constitucionales la potestad impositiva de los entes territoriales no es derivada, sino directa, aunque el legislativo puede fijarle límites al autorizar la creación de los tributos en las respectivas jurisdicciones territoriales. En conclusión, el legislador tiene competencia para fijar parámetros a las Asambleas y Concejos, pero no para habilitarlas a efectos de establecer impuestos, pues la potestad impositiva de las entidades territoriales deriva directamente de la Constitución. La Ley 97 de 1913 autorizó al Concejo de Bogotá para crear, entre otros, el impuesto sobre el servicio de alumbrado público, y para “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”. La Corte Constitucional mediante sentencia C-504 de 2002, luego de determinar la vigencia de los literales d) e i) del artículo 1° de la Ley 97/13, estableció que las atribuciones que esta Ley confiere se ajustan a los artículos 313-4 y 338 de la Constitución. el legislador autorizó al Concejo de Bogotá para crear el impuesto de alumbrado público en su jurisdicción y lo facultó para determinar los elementos del tributo. Atribuciones que, luego, mediante la Ley 84 de 1915 extendió a los demás municipios.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 278-3 / LEY 97 DE 1913 / LEY 84 DE 1915

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 11 DE 2003 (29 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 6 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 1 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA –

ARTICULO 2 (Anulado) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 6 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 7 (No anulado)

IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Definición municipio de la Zona Bananera / DERECHO COLECTIVO – Lo es el servicio de alumbrado público / ENTES TERRITORIALES – Facultad para crear el impuesto de alumbrado público

Con fundamento en la sentencia C-504/04, el municipio definió el gravamen como el impuesto que se cobra para atender los costos y gastos de la prestación del servicio de alumbrado público, y lo concerniente al sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa. El servicio de alumbrado público fue definido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el artículo 1° de la Resolución 043 de 1995, como 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”. Definición que junto con la contenida en el Decreto 2424 de 2006 tuvo en cuenta esta Corporación para señalar que “que el servicio de alumbrado público es un derecho colectivo que los municipios tienen el deber de suministrar de manera eficiente y oportuna y, a su vez, la colectividad tiene el deber de contribuir a financiar para garantizar su sostenibilidad y expansión. La ley 97 de 1913 autorizó a los municipios para crear, en sus jurisdicciones, el impuesto sobre el servicio de alumbrado público. Así, el legislador determinó el hecho imponible o presupuesto económico de la obligación tributaria, que no es otro que el servicio de alumbrado público definido, como se indicó en la Resolución 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 11 DE 2003 (29 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 6 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 1 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 2 (Anulado) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 6 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 7 (No anulado)

IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Hecho generador / USUARIO POTENCIAL – Definición / SUJETO PASIVO – Lo es el usuario potencial / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Cuantificación / TARIFA DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Tiene que expresarse en una determinada suma de dinero, ora que se comprenda entre un máximo y un mínimo ajustado a la magnitud de la base gravable

En cuanto al hecho generador o elemento revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, esta Sala precisó que para este impuesto lo “es el ser usuario potencial receptor de ese servicio”. En la misma providencia se define usuario potencial a “todo sujeto que forma parte de una colectividad que reside en determinada jurisdicción

territorial. No se requiere que el usuario reciba permanentemente el servicio, porque el servicio de alumbrado público, en general, es un servicio en constante proceso de expansión. El hecho de que potencialmente la colectividad pueda beneficiarse del mismo, justifica que ningún miembro quede excluido de la calidad de sujeto pasivo". En cuanto el sujeto pasivo, de la lectura del artículo 6° se evidencia que la expresión "y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo", cuya nulidad se solicita, no contraría el ordenamiento legal, toda vez que, como se indicó el hecho generador del impuesto es el ser usuario potencial del servicio de alumbrado público, así si se cobra el tributo conforme a la ley, se entiende que es cobrado a quien legalmente está obligado a pagarlo, en este entendido el aparte cuestionado no desconoce los principios de igualdad, equidad, generalidad y progresividad de los tributos invocados por el actor. La base gravable o elemento que permite cuantificar el hecho gravado, corresponde a la magnitud de aquél expresado en valores monetarios que debe ser determinada por procedimientos especiales en cada caso. La frase "y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado" contenida en el parágrafo 2° del artículo 6° del Acuerdo 12/06 que define la base gravable del tributo, no es un elemento que permita cuantificar el impuesto, ni medir la capacidad económica del sujeto pasivo. Es un hecho económico incluido en esta disposición pero que da origen a la obligación tributaria, por ende está ampliando el hecho generador que como se precisó "es el ser usuario potencial receptor de ese servicio" y no otro, por lo que procede declarar su nulidad por desconocer el principio de legalidad. La tarifa o elemento de medición de la base gravable, o si se quiere, de liquidación particular, puede ser fijó 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. Asimismo, las tarifas pueden expresarse en porcentajes fijos, proporcionales, o progresivos. Tratándose del impuesto de alumbrado público, deben referir a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se deriven de él, o se relacionen con éste.

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 11 DE 2003 (29 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – PARAGRAFO 2 DEL ARTICULO 6 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 1 (Anulado) / ACUERDO 5 DE 2004 (19 de agosto) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 2 (Anulado) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 6 (Anulado parcialmente) / ACUERDO 12 DE 2006 (7 de septiembre) CONCEJO ZONA BANANERA – ARTICULO 7 (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio del dos mil once (2011).

Radicación número: 47001-23-31-000-2008-000-19-01(17526)

Actor: JOSE AIMER RODRIGUEZ

Demandado: MUNICIPIO ZONA BANANERA - MAGDALENA

FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 22 de octubre de 2008 del Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual resolvió:

1. **Declarar la Nulidad** del párrafo segundo del artículo sexto del acuerdo 011 de 2003, proferido por el Concejo Municipal de Zona Bananera.
2. **Declara[r] la Nulidad** del artículo primero y artículo segundo del acuerdo 005 de 2004, proferido por el Concejo Municipal de Zona Bananera.
3. **Declarar la Nulidad** del artículo sexto y artículo séptimo del acuerdo 12 de 2006, proferido por el Concejo Municipal de Zona Bananera.

ANTECEDENTES

El Concejo municipal de Zona Bananera, con fundamento en los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Política, 1° literal d) de la Ley 97 de 1913 y la Resolución CREG 043 de 1995, profirió el **Acuerdo 11 del 2003** por el cual estableció la “tasa” de alumbrado público en esa jurisdicción¹. Acto en el que definió el tributo, el sujeto activo, el sujeto pasivo (arts. 2°, 3° y 4°), la forma de recuperar el costo del servicio (art. 5°), las tarifas y su reajuste (art. 6° y 7°), las apropiaciones presupuestales (art. 10) y otros aspectos.

Luego, por **Acuerdo 005 de 2004** modificó los artículos 4°, 6° y 10 del acto anterior. Incluyó como sujetos pasivos del tributo a las “*demás personas que de conformidad con el presente Acuerdo desarrollen actividades económicas en la jurisdicción del municipio*”. Fijó la tarifa para los sectores residencial, industrial, comercial y oficial en un porcentaje sobre el valor bruto del consumo de energía² y, para unos usuarios determinados les señaló la tarifa en salarios mínimos legales mensuales. Además, redefinió lo relacionado con las apropiaciones presupuestales.

Posteriormente, por **Acuerdo 12 de 2006**, la misma autoridad modificó los dos actos anteriores. Precisó que tales Acuerdos regulan el “**impuesto** de alumbrado público”. Definió el tributo y sus elementos, esto es, sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa³.

LA DEMANDA

JOSÉ AIMER RODRÍGUEZ, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicitó la nulidad parcial de los mencionados Acuerdos. A continuación se transcribe el texto completo de los artículos demandados. Se subrayan los apartes cuya nulidad corresponde a la pretensión principal y en negrilla los de la pretensión subsidiaria.

¹ Fls. 92 a 95.

² Fls. 96 a 99.

³ Fls. 100 a 102.

**Acuerdo N°011
(Agosto 29 de 2003)**

Por el cual se establece la Tasa de Alumbrado Público para el Municipio
Zona Bananera y se dictan otras disposiciones

Tasa de Alumbrado Público

Artículo 1. [...].

Artículo 6. Tarifa. La Tarifa de la tasa de Alumbrado Público consistirá en un valor mensual uniforme 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 del Municipio y su capacidad de pago. De igual manera, los predios no incorporados como suscriptores al servicio de energía eléctrica. Para determinar las tarifas se aplicará la siguiente tabla:

Sector Residencial			
Estrato		Valor a cobrar \$/mes	
1		\$ 1.000	
2		\$ 1.500	
3		\$ 6.000	
4		\$12.000	
Sectores Industrial, Comercial y Oficial			
Valor a cobrar \$/mes			
Industrial regulado		Industrial no regulado	
Nivel 1	\$ 50.000	Nivel 1	\$ 50.000
Nivel 2	\$100.000	Nivel 2	\$100.000
Nivel 3	\$150.000	Nivel 3	\$150.000
Comercial regulado		Comercial no regulado	
Nivel 1	\$ 10.000		\$ 50.000
Nivel 2	\$ 20.000		\$100.000
Nivel 3			
Nivel 4			
Oficial Regulado		Oficial no regulado	
Nivel 1	\$ 50.000	Nivel 1	\$ 50.000
Nivel 2	\$100.000		\$100.000
Nivel 3			
Nivel 4			

Parágrafo 1. 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 15% de este impuesto.

Parágrafo 2. Las tarifas del alumbrado público para los siguientes usuarios se establecerá así:

- Empresas de servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas, equivalente a 10 salarios MMLV.
- Empresas financieras sujetas a control de la Superintendencia Bancaria, 2 salarios MMLV.
- Peajes del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, 5 salarios MMLV.
- Empresas con actividades de minería a cielo abierto, que utilicen de manera permanente en el municipio instalaciones e infraestructura para el almacenamiento, tratamiento, mantenimiento y transporte de sus productos, 30 SMMLV.
- Empresas con servicios sujetas al control de la Aeronáutica Civil, 5 salarios MMLV.
- **Empresas dedicadas a la explotación y comercialización de petróleos o que utilicen la jurisdicción del municipio para la conducción de sus productos, 30 salarios MMLV.**
- Empresas de mantenimiento ferroviario, 10 salarios MMLV.

Parágrafo 3. Aquellos usuarios que llegaren a quedar comprendidos en más de una categoría, se les aplicará la tasa más alta.

Artículo 7. [...].

**Acuerdo N°005
(Agosto 19 de 2004)**

Por medio del cual se modifica el Acuerdo N°011 de agosto 29 de 2003 que estableció la Tasa de Alumbrado Público para el Municipio de Zona Bananera.

Artículo 1. El artículo 4° del Acuerdo 011 de agosto 29 de 2003, quedará así: "Sujeto Pasivo. Serán sujetos pasivos de la Tasa de Alumbrado Público el usuario o suscriptor del servicio de energía eléctrica, los propietarios o poseedores de predios no incorporados como suscriptores del servicio de energía eléctrica y demás personas que de conformidad con el presente Acuerdo desarrollen actividades económicas en la jurisdicción del Municipio de Zona Bananera.

Artículo 2. El artículo 6° del Acuerdo 011 de agosto 29 de 2003 quedará así: La tarifa de la tasa de alumbrado público consistirá en valor mensual que se cobrará a cada sujeto pasivo calculado por un porcentaje sobre el valor bruto del consumo de energía teniendo en cuenta su estrato o nivel de suscriptores del servicio de energía eléctrica, para los contribuyentes no incorporados como suscriptores de la empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica se tomará como base un porcentaje de la liquidación del impuesto predial unificado y para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales. Para tales efectos se aplicará la siguiente tabla:

Sector Residencial	
Estrato	Valor a cobrar \$/mes
1	4% sobre el valor bruto del

2	consumo 5% sobre el valor bruto del consumo
3	consumo 6% sobre el valor bruto del consumo
4	consumo 7% sobre el valor bruto del consumo
Sectores Industrial, comercial y Oficial Valor a cobrar %mes	
Industrial regulado 5% sobre el valor bruto del consumo	Industrial no regulado 7% sobre el valor bruto del consumo
Comercial regulado 4% sobre el valor bruto del consumo	Comercial no regulado 5% sobre el valor bruto del consumo
Oficial regulado 10% sobre el valor bruto del consumo	Oficial no regulado 12% sobre el valor bruto del consumo

Parágrafo 1. Se suprimió.

Parágrafo 2. Las tarifas de alumbrado público para los siguientes usuarios se establecerá así:

- Empresas de servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas, equivalente a 15 salarios mínimos mensual legal vigente –SMMLV-
- Subestaciones de energía eléctrica con capacidad nominal igual o superior a 2 mva, 10 SMMLV.
- Líneas de transmisión de energía eléctrica igual o superior a los 34Kw, 20 SMMLV.
- Empresas de telecomunicaciones que utilicen en la jurisdicción del municipio infraestructura o sistema para la prestación de sus servicios, 10 SMMLV
- Empresas con actividades de minería a cielo abierto que utilicen en el municipio instalaciones e infraestructuras para el almacenamiento, tratamiento, mantenimiento y transporte de sus productos, 70 SMMLV.
- **Empresas dedicadas a la explotación y comercialización de petróleos y sus derivados, o de gas natural que utilicen cualquier tipo de infraestructura o de sistemas en la jurisdicción del Municipio para el tratamiento, almacenamiento o conducción de sus productos, 70 SMMLV.**
- Empresas para la operación y mantenimiento de transporte ferroviario, 10 SMMLV.
- Empresas de servicios aéreos sujetas al control de la Aeronáutica Civil, 5 SMMLV.

Artículo 3. [...].

**Acuerdo N°12
(Septiembre 7 de 2006)**

Por medio del cual se modifican los títulos de los Acuerdos

N°011 de 2003 y 005 de 2004 y los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9 y el párrafo 3 del Acuerdo municipal 011 de 2003 y los artículos 1 y 2 del Acuerdo 005 de 2004 y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1° [...].

Artículo 6°. El artículo 4° del Acuerdo 011 de agosto 29 de 2003, modificado por el Artículo 1° del Acuerdo 005 de Agosto 19 de 2004 quedará así: Sujeto Pasivo: Son sujeto pasivo del impuesto de Alumbrado Público, todas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, que sea o no usuario o suscriptor del servicio de energía eléctrica, los propietarios, o poseedores o tenedores a cualquier títulos (sic) de predios no incorporado (sic) como suscriptores o usuarios del servicio de energía eléctrica en el Municipio Zona Bananera, que se benefician directa o indirectamente del servicio de Alumbrado Público y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo.

Parágrafo 1°: Hecho Generador: (...)

Parágrafo 2°. Base gravable: La base gravable del impuesto de alumbrado público se determinará sobre el consumo de energía eléctrica en las áreas urbanas y rurales que tengan los suscriptores o usuarios del servicio de energía eléctrica, considerados como usuarios regulados o no del servicio de energía eléctrica (sic), así como los usuarios de otro tipo de energía, y/o sobre todos los bienes inmueble (sic), y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado, así como todos los propietarios o poseedores o tenedores a cualquier título de predios o bienes inmuebles urbanos o rurales no incorporados como suscriptores o usuarios del servicio del energía eléctrica, en los segmentos residenciales, industriales, comerciales, hoteleros y oficiales.

Artículo 7°: El artículo 6° del Acuerdo 011 de agosto 29 de 2003, modificado por el acuerdo 005 de agosto 19 de 2004, quedará así: La tarifa del impuesto de alumbrado público consistirá en valor mensual que se cobrará a cada sujeto pasivo calculado por un porcentaje sobre el valor bruto del consumo de energía teniendo en cuenta su extracto (sic) o nivel de suscriptores del servicio de energía eléctrica, para los contribuyentes no incorporados como suscriptores de la empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica, se tomara (sic) como base un porcentaje de la liquidación del puesto (sic) predial unificado y para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales. Para tales efectos se aplicará la siguiente tabla:

Sector Residencial	
Estrato	Valor a cobrar \$/mes
1	4% sobre el valor bruto del consumo
2	5% sobre el valor bruto del consumo

3	6% sobre el valor bruto del consumo
4	7% sobre el valor bruto del consumo
Sectores Industrial, comercial y Oficial Valor a cobrar %mes	
Industrial regulado 5% sobre el valor bruto del consumo	Industrial no regulado 7% sobre el valor bruto del consumo
Comercial regulado 4% sobre el valor bruto del consumo	Comercial no regulado 5% sobre el valor bruto del consumo
Oficial regulado 10% sobre el valor bruto del consumo	Oficial no regulado 12% sobre el valor bruto del consumo

Parágrafo 1. El Parágrafo 2 del Artículo 6° continua (sic) vigente.

Artículo 8°. [...].

Invocó como violados los artículos 13, 95 num. 9°, 338 y 363 de la Constitución Política, “169 num. 2” (sic) de la Ley 97 de 1913, 1° lit a) de la Ley 84 de 1915, 32 num. 7° de la Ley 136 de 1994, 16 del Decreto Ley 1056 de 1953 (Código de Petróleos), 1° del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y 27 de la Ley 141 de 1994. El concepto de violación se sintetiza así:

1. Las normas demandadas, al señalar como sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público a las empresas explotadoras, comercializadoras y transportadoras de petróleo y sus derivados, incluido el gas, por el sólo hecho de almacenar o pasar sus productos por la jurisdicción de ese municipio, violan los artículos 16 del Decreto Ley 1056 de 1953, 1° del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y 27 de la Ley 141 de 1994 que prohíben a las entidades territoriales establecer gravamen alguno a la explotación de los recursos naturales no renovables. Normas vigentes y declaradas exequibles por la Corte Constitucional.

2. Los actos acusados violan los principios constitucionales de igualdad, equidad, generalidad y progresividad de los tributos al establecer un tratamiento discriminatorio a estas empresas que desarrollan determinadas actividades económicas o utilizan cualquier tipo de infraestructura o sistema en ese Municipio.

A estos sujetos pasivos se les señala una base gravable distinta, pues no son usuarios o suscriptores del servicio de energía eléctrica, ni son beneficiarios directos o indirectos del servicio de alumbrado público, ni propietarios, poseedores o tenedores de predios ubicados en esa jurisdicción, es decir, no se tiene en cuenta si realizan el hecho generador del tributo.

Además, sin justificación alguna se les fija la tarifa en salarios mínimos mensuales legales vigentes, que oscila entre 5 y 70, distinta a la establecida para los sectores residencial, industrial, comercial y oficial en los que se liquida el impuesto de alumbrado público a una tarifa porcentual del 5% al 12% sobre el valor bruto del consumo de energía eléctrica.

Son incompatibles la base de cálculo establecida en los acuerdos para la determinación del tributo y la naturaleza del impuesto sobre el servicio de

alumbrado, pues tratándose de este gravamen el hecho generador es el mismo servicio, por lo tanto, la base gravable y la tarifa para su cuantificación no deben tomar parámetros que no guardan relación con el servicio de alumbrado público, como ocurre para estas empresas, pues al hacerlo la autoridad territorial desborda la ley que lo autorizó.

El valor del tributo cobrado a las empresas mencionadas, que sin explicación fueron extraídos del tratamiento general otorgado a los usuarios industriales y comerciales, es exagerado e indebido y de manera alguna corresponde a la recuperación del costo.

LA OPOSICIÓN

El municipio de Zona Bananera al contestar la demanda propuso las excepciones de inepta demanda, legalidad del tributo, caducidad de la acción e "indebida acción". En su criterio, el actor pretende la protección de un interés particular, el de las empresas dedicadas a la explotación, comercialización y transporte de petróleo o sus derivados, por lo que equivocó la acción y dejó vencer el término legal para instaurar la adecuada; además, sostuvo que los actos demandados se ajustan a la legalidad y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en lo siguiente:

Conforme al artículo 338 de la Constitución Política, el Congreso es el titular del poder tributario originario y los Concejos Municipales y Asambleas Departamentales solo pueden adoptar, en su jurisdicción, los gravámenes que han sido autorizados por el legislador.

Dentro del marco genérico establecido en la ley, corresponde al Concejo Municipal, precisar los sujetos pasivos, hecho generador, base gravable y tarifas del impuesto, así como regular su cobro y darle el destino que juzgue más conveniente para atender este servicio.

Es potestad de los Municipios cobrar a sus habitantes el servicio de alumbrado público, incluida la expansión y el mantenimiento, y puede hacerlo directamente o por intermedio de empresas de servicios públicos.

Los acuerdos acusados no violan el derecho a la igualdad, ni el principio de equidad tributaria, pues no puede pretenderse que se dé a las empresas transportadoras, comercializadoras y explotadoras del petróleo y sus derivados, tratamiento de contribuyentes de bajos ingresos.

Los Acuerdos demandados no imponen gravamen alguno al petróleo, solo regulan para ese Municipio el impuesto de alumbrado público creado por las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena no encontró probadas las excepciones propuestas por el demandado y declaró la nulidad del *parágrafo segundo del artículo sexto del acuerdo 011 de 2003*, del *artículo primero y artículo segundo del acuerdo 005 de 2004* y del *artículo sexto y artículo séptimo del acuerdo 12 de 2006*, con apoyo en lo siguiente:

Los actos demandados tienen su génesis en la facultad otorgada a los Concejos Distritales y Municipales en las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915. La Corte

Constitucional declaró exequibles los literales d) e i) del artículo 1° de la Ley 97/13, sin profundizar en temas como el servicio de alumbrado público y los elementos que constituyen el tributo, por lo que no era claro cuáles de éstos podían ser determinados por los entes territoriales.

En cuanto a la facultad impositiva, indicó que la reforma constitucional consagró que el legislador es el encargado de crear los tributos y, con ellos, el hecho generador y, las Asambleas y Concejos de imponer el gravamen y determinar los demás elementos de la obligación.

A partir de la definición contenida en el Decreto Reglamentario 2424 de 2006, artículo 2° y de la jurisprudencia según la cual tal definición no establece con claridad que la ley 97/13 determine el hecho generador del impuesto de alumbrado público, estimó que ante tal indeterminación los concejos municipales y/o distritales crearían, bajo la misma denominación, gravámenes distintos pues unos podrían imponerlo por la realización de actividades en su jurisdicción otros lo cobrarían con base en la facturación del servicio de energía, etc, quebrantando el principio de legalidad tributaria.

De conformidad con los artículos 16 del Decreto Ley 1056/53, 1° del Decreto Reglamentario 850/65 y 27 de la Ley 141/94, las empresas dedicadas a la exploración y explotación de petróleo, sus derivados y la conducción de los mismos, están exentos de cualquier gravamen territorial, por tanto, el municipio no debió incluirlas como sujetos pasivos del tributo, pues si bien las leyes 97/13 y 84/15 autorizaban el impuesto de alumbrado público, los concejos municipales debían observar las prohibiciones y limitaciones contenidas en el ordenamiento jurídico.

Concluyó que mientras el legislador no establezca con certeza el hecho generador del impuesto de alumbrado público, los municipios y distritos, no podrán regularlo, pues si lo hacen crearían un tributo sin circunscribirse a norma superior alguna, pues la Ley 97 de 1913 ha perdido aplicabilidad por carecer de las exigencias constitucionales.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del municipio demandado interpuso el recurso de apelación contra la decisión anterior, sustentado en los términos que se sintetizan.

1. Violación al principio de congruencia externa de la sentencia.

El juzgador de primera instancia decidió una cuestión no sometida al control jurisdiccional. La sentencia viola este principio toda vez que no es congruente con lo pedido por las partes. El *a quo* anuló los actos demandados sin sustento probatorio, pues si bien se controvierte su legalidad el aspecto analizado por el *a quo* no corresponde con lo expuesto por el demandante.

2. Inexistencia del concepto de violación.

Las normas invocadas por el actor prohíben gravar la explotación y exploración del petróleo, el producto que se obtenga, sus derivados incluido el gas, el medio de transporte, la maquinaria y demás elementos necesarios para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos. El municipio Zona Bananera no ha establecido impuesto alguno, directo o indirecto, a ninguno de los elementos

mencionados, sólo reglamentó el impuesto de alumbrado público creado por las Leyes 97/13 y 84/15.

El artículo 16 del Código de Petróleos no contiene tratamiento tributario preferencial en relación con el impuesto sobre el servicio de alumbrado público, pues este tributo no grava la actividad especial que desarrollan estas empresas, sino porque la realizan en la jurisdicción y por el beneficio, directo o indirecto, que reciben de la prestación de ese servicio.

Las normas demandadas no violan prohibición legal alguna, puesto que el hecho generador del impuesto de alumbrado público no contempla ninguno de los supuestos fácticos descritos en las leyes 685 de 2001 y 141 de 1994, y por ser el alumbrado un servicio público no domiciliario que recae sobre bienes de uso público, el sujeto pasivo no puede esperar un beneficio, aunque sea indirecto, por cuanto no tiene destinación específica sino que recae sobre toda la comunidad.

En los procesos contencioso administrativos impera el principio de la “rogatividad” en virtud del cual se exige que en la demanda se indique la norma violada y la explicación correspondiente. Dentro de este marco, sin rebasarlo, el juez administrativo debe controlar la legalidad del acto demandado, no frente a todo el ordenamiento jurídico, sino respecto de los cargos formulados por el actor.

Destaca que, en el caso, se desconoce el artículo 137 del C.C.A, pues se citan violados los artículos 287, 313, 338 y 363 de la Constitución Política, 1° de las Leyes 97/13 y 84/15 sin precisar el concepto de violación. El precepto exige citar con precisión la norma y fijar el alcance y sentido de la infracción, por lo que, omitida esta exigencia no es posible establecer si los actos impugnados desconocieron las normas superiores invocadas.

En armonía con los artículos 338 y 313-4 de la Constitución Política, los segmentos acusados guardan la consonancia constitucional exigida a la ley en materia de tributos territoriales, pues reglamentan el impuesto de alumbrado público que es autónomo, legal y no viola la tipología constitucional tributaria, ni viola el régimen de determinación del costo del servicio de alumbrado público, ni el principio de igualdad y equidad.

3. Inexistencia de prueba que fundamente una decisión favorable.

El juzgador de primera instancia no contaba con elementos de juicio suficientes para adoptar la decisión recurrida. El actor no demostró que los apartes demandados contravinieran las normas constitucionales y legales invocadas, pues no acreditó que la tarifa cobrada a los usuarios determinados (i) no guarde relación con la prestación del servicio de alumbrado público; (ii) ni guarde relación con el servicio de energía eléctrica; (iii) ni consulte la realidad objetiva, o no esté acorde con el impuesto respectivo y con los sujetos pasivos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del **municipio demandado** insistió en la alegada violación del principio de congruencia externa de la sentencia y del artículo 137 del CCA. Reiteró que las normas acusadas no violan la prohibición del artículo 16 del Código de Petróleos ni las demás normas citadas por el accionante. Finalmente, transcribió apartes de la sentencia C-035 de 2009 que hacen referencia a la facultad impositiva de las entidades territoriales, para concluir que está

demostrado que los actos administrativos demandados se ajustan a la legalidad y fueron expedidos por la autoridad competente.

La Procuradora Sexta Delegada ante esta Corporación pidió que se confirme la sentencia apelada. Citó apartes de las sentencias de 17 de julio y 4 de septiembre de 2008 en las que esta Corporación concluyó que debido a la indeterminación en las normas legales que establecieron el impuesto de alumbrado público los concejos municipales no pueden determinar el hecho generador sin desconocer el principio de legalidad tributaria.

Indicó que la decisión de primera instancia se sustenta, además, en la inobservancia de las prohibiciones y limitaciones existentes en el ordenamiento legal.

Razones por las que, en su concepto la decisión apelada es razonable, armoniosa y acorde con la controversia del proceso, sin que viole el principio de congruencia ni la exigencia prevista en el artículo 137 del C.C.A.

Explicó que los argumentos del Tribunal para declarar la ilegalidad, a partir del análisis del hecho generador del tributo, resultan suficientes para sustentar la nulidad sin entrar a mayores disquisiciones sobre la tarifa y sus elementos constitutivos porque la suerte de lo principal la sufre lo accesorio.

En esta etapa procesal, **el demandante** no intervino oportunamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El actor controvierte la legalidad de los Acuerdos 011 de 2003, 005 de 2004 y 12 de 2006 del Concejo Municipal de Zona Bananera. Formuló como pretensión principal la nulidad parcial de tales actos así:

1. Del **Acuerdo 011 de 2003**:

El párrafo 2 del artículo 6°, que dispone:

Las tarifas del alumbrado público para los siguientes usuarios se establecerá así:

- Empresas de servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas, equivalente a 10 salarios MMLV.
- Empresas financieras sujetas a control de la Superintendencia Bancaria, 2 salarios MMLV.
- Peajes del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, 5 salarios MMLV.
- Empresas con actividades de minería a cielo abierto, que utilicen de manera permanente en el municipio instalaciones e infraestructura para el almacenamiento, tratamiento, mantenimiento y transporte de sus productos, 30 SMMLV.
- Empresas con servicios sujetas al control de la Aeronáutica Civil, 5 salarios MMLV.
- Empresas dedicadas a la explotación y comercialización de petróleos o que utilicen la jurisdicción del municipio para la conducción de sus productos, 30 salarios MMLV.

- Empresas de mantenimiento ferroviario, 10 salarios MMLV.

2. Del Acuerdo 005 de 2004:

a) El aparte “*demás personas que de conformidad con el presente Acuerdo desarrollen actividades económicas en la jurisdicción del Municipio de Zona Bananera*” del artículo 1°;

b) El aparte “*para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales*” del primer inciso del artículo 2; y

c) El párrafo 2 del artículo 2, cuyo texto dice:

Parágrafo 2. Las tarifas de alumbrado público para los siguientes usuarios se establecerá así:

- Empresas de servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas, equivalente a 15 salarios mínimos mensual legal vigente –SMMLV–.
- Subestaciones de energía eléctrica con capacidad nominal igual o superior a 2 mva, 10 SMMLV.
- Líneas de transmisión de energía eléctrica igual o superior a los 34Kw, 20 SMMLV.
- Empresas de telecomunicaciones que utilicen en la jurisdicción del municipio infraestructura o sistema para la prestación de sus servicios, 10 SMMLV
- Empresas con actividades de minería a cielo abierto que utilicen en el municipio instalaciones e infraestructuras para el almacenamiento, tratamiento, mantenimiento y transporte de sus productos, 70 SMMLV.
- Empresas dedicadas a la explotación y comercialización de petróleo y sus derivados, o de gas natural que utilicen cualquier tipo de infraestructura o de sistemas en la jurisdicción del Municipio para el tratamiento, almacenamiento o conducción de sus productos, 70 SMMLV.
- Empresas para la operación y mantenimiento de transporte ferroviario, 10 SMMLV.
- Empresas de servicios aéreos sujetas al control de la Aeronáutica Civil, 5 SMMLV.

3. Del Acuerdo 12 de 2006:

a) El aparte “*y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo*” del primer inciso del artículo 6°;

b) El aparte “*y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado*” del párrafo 2° del artículo 6°;

c) El aparte “*y para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales*” del inciso 1 del artículo 7°; y

d) El párrafo 1 del artículo 7°, que dispone:

“El Parágrafo 2 del Artículo 6° continua (sic) vigente”.

En subsidio, pidió la nulidad de los siguientes apartes:

- Empresas dedicadas a la explotación y comercialización de petróleos o que utilicen la jurisdicción del municipio para la conducción de sus productos, 30 salarios MMLV.” [Del parágrafo 2 del artículo 6 del Acuerdo 11 de 2003].
- Empresas dedicadas a la explotación y comercialización de petróleos y sus derivados, o de gas natural que utilicen cualquier tipo de infraestructura o de sistemas en la jurisdicción del Municipio para el tratamiento, almacenamiento o conducción de sus productos, 70 SMMLV. [Del parágrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo 005 de 2004].

El Tribunal declaró la nulidad del “*parágrafo segundo del artículo sexto del acuerdo 011 de 2003*”, del “*artículo primero y artículo segundo del acuerdo 005 de 2004*” y del “*artículo sexto y artículo séptimo del acuerdo 12 de 2006*”, al considerar que la Ley 97 de 1913, en que se fundamentan, ha perdido aplicabilidad toda vez que no señala el hecho generador del impuesto de alumbrado público.

El municipio controvierte la decisión. Considera que la sentencia viola el principio de congruencia, pues no es concordante con lo pedido por las partes tanto en la demanda como en el escrito de oposición; además, que los actos acusados se ajustan a la legalidad sin que el demandante haya precisado el concepto de violación de las normas citadas como infringidas ni haya demostrado sus afirmaciones.

En primer lugar, la Sala advierte que en cumplimiento del auto del 8 de julio de 2010⁴ el Tribunal Administrativo del Magdalena remitió copia auténtica del fallo del 30 de septiembre de 2009⁵ mediante el cual esa Corporación declaró la nulidad de los Acuerdos 11 de 2003 y 5 de 2004 del Concejo Municipal de Zona Bananera.

Providencia que fue notificada por edicto fijado el 8 de octubre de 2009⁶, sin que las partes la hubieran apelado y quedó ejecutoriada el 16 de octubre del 2009, según consta al respaldo del folio 331 y lo informó el Tribunal en el oficio remisorio⁷.

Ejecutoriada la decisión anulatoria de los Acuerdos 11 de 2003 y 5 de 2004 del Concejo Municipal de Zona Bananera, surte el efecto jurídico previsto en el inciso primero del artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, que impide pronunciamiento adicional, pues declarada la nulidad de tales Acuerdos tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes*.

Por lo anterior, se revocaran los numerales 1° y 2° de la sentencia aquí apelada y, en su lugar, frente a las pretensiones de nulidad del “parágrafo 2 del artículo 6° del

⁴ Fl. 320

⁵ Sentencia proferida en el proceso 47-001-2331-003-2008-0024-00, Demandante: Ricardo Anaya Visbal. (fls. 324 y ss).

⁶ Fl. 332

⁷ Fl. 323.

Acuerdo 11 del 2003", de los apartes "*demás personas que de conformidad con el presente Acuerdo desarrollen actividades económicas en la jurisdicción del Municipio de Zona Bananera*" del artículo 1° y "*para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales*" del primer inciso del artículo 2 y del "parágrafo 2 del artículo 2 del **Acuerdo 005 de 2004**, ambos del Concejo Municipal de Zona Bananera y las pretensiones que en subsidio formuló el demandante, se ordenará estarse a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia del 30 de septiembre de 2009 mencionada.

En consecuencia, la Sala analizará los cargos propuestos por el apelante, pero en el entendido que se dirigen a controvertir la decisión en cuanto declaró la nulidad de los artículos 6° y 7° del Acuerdo 12 de 2006.

Conforme a los términos del recurso corresponde a la Sala resolver si la sentencia desconoce el principio de congruencia y si los apartes demandados se ajustan a la legalidad.

1. Principio de congruencia de la sentencia

El Código Contencioso Administrativo⁸ preceptúa que la sentencia debe motivarse. Que en ella se deben *analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones.*

Por su parte, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., establece que la sentencia *deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda [...] y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

Y la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el principio de congruencia de la sentencia exige, de una parte, que exista armonía entre la parte motiva y la parte resolutive, lo que se denomina *congruencia interna* y, de otra, que la decisión contenida en ella sea concordante con lo pedido por las partes tanto en la demanda como en el escrito de oposición, denominada *congruencia externa*, es decir, que se tome la decisión conforme se ha delimitado la controversia en el proceso⁹.

En materia contenciosa, la demanda constituye el marco en el que el juez debe pronunciarse para decidir la controversia. Las normas violadas y el concepto de violación constituyen el objeto de análisis al momento de proferir la sentencia¹⁰.

En el presente asunto, el actor demandó la nulidad parcial del Acuerdo 12 de 2006, específicamente lo siguiente:

a) El aparte: "**y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo**" del primer inciso del artículo 6°;

b) El aparte: "**y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado**" del parágrafo 2° del artículo 6°;

⁸ C.C.C. Art. 170.

⁹ Sentencia del 16 de agosto de 2002, expediente 12668, C.P. Juan Angel Palacio Hincapié.

¹⁰ Sentencia del 21 de noviembre de 2007, Exp.15770, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

c) El aparte: “**para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales**” del inciso 1 del artículo 7°; y

d) El párrafo 1 del artículo 7°, que dice: “**El Parágrafo 2 del Artículo 6° continua (sic) vigente**”.

El Tribunal en primera instancia resolvió:

“3. Declarar la Nulidad del artículo **sexto** y artículo **séptimo** del **acuerdo 12 de 2006**, proferido por el Concejo Municipal de Zona Bananera. (Se destaca)

Confrontadas la pretensión y la parte resolutive de la sentencia, se advierte que le asiste razón al municipio recurrente, pues no existe congruencia dado que el juzgador fue más allá de lo pedido.

En efecto, el demandante pidió la nulidad de frases, expresiones o alocuciones de los artículos 6° y 7° del Acuerdo 12/06 y el Tribunal declaró la nulidad de tales artículos en su integridad, sin explicación alguna.

Además, revisado el texto de los artículos respectivos, transcritos al inicio de esta providencia, se observa que las partes no demandadas tienen sentido y contenido, es decir, son independientes, por ende subsistirían aunque los apartes demandados fueran retirados del ordenamiento legal, sin que pueda predicarse que conforman un todo inseparable que obligue, en caso de ilegalidad, a retirarlo en su totalidad.

Lo anterior pone en evidencia la violación del principio de congruencia de la sentencia, por lo que debe ser revocado el numeral 3° para asumir el conocimiento de los cargos expuestos en el escrito inicial.

2. Examen de legalidad.

El demandante plantea los siguientes cargos:

a). Violación del artículo 16 del Código de Petróleos (Decreto Legislativo 1056 de 1953), del artículo 1° del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y del artículo 27 de la Ley 141 de 1994. Explica que la normativa prohíbe a los entes territoriales imponer gravamen alguno a la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo que el ente territorial violó estas disposiciones al incluir como sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público a las empresas explotadoras, comercializadoras y transportadoras de petróleo y sus derivados, incluido el gas.

b). Violación de los artículos 13, 95 numeral 9°, 338 y 363 de la Constitución Política. Violación de los artículos “169 numeral 2” (sic) de la Ley 97 de 1913; 1° literal a) de la Ley 84 de 1915 y 32 numeral 7° de la Ley 136 de 1994. Sostiene que las normas acusadas violan los derechos y principios constitucionales y los parámetros fijados por el legislador al establecer un tratamiento discriminatorio para empresas que desarrollan determinadas actividades económicas o utilizan cualquier infraestructura o sistema en ese municipio, a quienes señala una base gravable y tarifa distintas para determinar el tributo.

El municipio demandado propuso las excepciones de inepta demanda, legalidad del tributo, caducidad de la acción e “indebida acción”. En cuanto al fondo del asunto sostuvo que los actos acusados se ajustan a la Constitución y a la ley, sin que desconozcan los preceptos citados como infringidos.

Sea lo primero revisar si están probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

El municipio sostiene que el actor se equivocó de acción y dejó vencer el término legal para instaurar la acción adecuada, pues pretende el amparo de intereses particulares, los de las empresas dedicadas a la explotación, comercialización y transporte de petróleo o sus derivados.

Al respecto, de la lectura del escrito inicial se advierte que el actor pretende el amparo del orden jurídico y no la protección de derechos subjetivos que pudieron verse vulnerados por las decisiones de la administración, cuyo perjuicio, de existir, debería resarcirse. Así, la acción de simple nulidad incoada es la adecuada, que toda persona puede instaurar en cualquier tiempo.

Resultan no probadas las excepciones de inepta demanda, caducidad de la acción e “indebida acción”, propuestas por el demandado.

En relación con la que denominó “legalidad del tributo”, se resalta que no es un medio exceptivo sino que es el objeto mismo del proceso que debe dilucidarse a partir del análisis de los cargos propuestos.

En cuanto al fondo del asunto, como se indicó, el demandante pretende la nulidad de las **expresiones “y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo” e “y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado”** contenidas, en su orden, en el primer inciso y en el del párrafo 2° del **artículo 6°**. Del aparte **“para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales”** del inciso 1 del **artículo 7°** y del **parágrafo 1** de este mismo **artículo 7°**, todos del Acuerdo 12 del 2006.

El párrafo 1 del artículo 7 del Acuerdo 12/06 dispone **“El párrafo 2 del artículo 6 continúa vigente”**. Nótese que la norma únicamente ratifica las tarifas que la autoridad tributaria territorial había fijado para los usuarios que desarrollaban determinadas actividades, los cuales estaban listados en el párrafo 2 del artículo 6 del Acuerdo 11 de 2003 con la modificación introducida por el Acuerdo 005 de 2004.

Anulados estos dos acuerdos por la jurisdicción, como se precisó, queda sin efecto jurídico alguno el párrafo 1 del artículo 7 del Acuerdo 12/06 demandado, pues éste simplemente ratificaba la vigencia de una norma que era parte integral de esos actos, en la que se fijaban las tarifas del impuesto de alumbrado público para los usuarios allí listados, por ende, al haber sido retirados del ordenamiento legal esa norma siguió su misma suerte, sin que haya lugar a pronunciamiento distinto a ordenar estarse a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia de 30 de septiembre de 2009, proferida en el proceso 47-001-2331-003-2008-0024-00.

En cuanto al primer cargo planteados por el demandante como **“violación del artículo 16 del Código de Petróleos (Decreto Legislativo 1056 de 1953), del artículo 1° del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y del artículo 27 de la Ley**

141 de 1994", se observa que en el escrito inicial, el cual estaba dirigido a la nulidad parcial de los Acuerdos 11/03, 005/04 y 12/06, el actor lo desarrolla a partir de censurar el hecho de que estos actos señalan de manera expresa como sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público a *las empresas dedicadas a la explotación, comercialización y transporte de petróleo y sus derivados incluido el gas, que utilicen cualquier tipo de infraestructura o sistema en la jurisdicción de ese municipio* y explica que, la normativa citada como infringida prohíbe a los entes territoriales imponer gravamen alguno a la explotación de los recursos naturales no renovables.

Revisados los actos mencionados que obran en el expediente, se establece que en estos se hace referencia específica a las mencionadas empresas en el párrafo 2 del artículo 6 del Acuerdo 11/03 y en la modificación que del mismo introdujo el artículo 2 del Acuerdo 005/04 en las que se daba un tratamiento especial a las mencionadas empresas y a las allí enlistadas "**usuarias**" que por sus condiciones particulares les determinaba la cuantía del tributo en salarios mínimos legales mensuales, es decir, les señalaba una tarifa fija.

Anulados los mencionados Acuerdos carece de objeto el análisis del cargo, pues el fin perseguido de nulidad de la norma está cumplido.

Frente al segundo cargo, debe la Sala resolver, si las expresiones "**y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo**" del inciso primero del artículo 6°, "**y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado**" del párrafo 2° del artículo 6°, y "**para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales**" del inciso 1 del artículo 7°, se ajustan a los artículos 13, 95 numeral 9, 338 y 363 de la Constitución Política y "169 numeral 2" (sic) de la Ley 97 de 1913, 1° literal a) de la Ley 84 de 1915 y 32 numeral 7 de la Ley 136 de 1994.

Expresiones relacionadas con el sujeto pasivo, base gravable y tarifa del impuesto definidos en el Acuerdo 12/06, por lo que se hará referencia a la facultad impositiva de los entes territoriales, la legislación que creó o autorizó el impuesto de alumbrado público en el municipio de Zona Bananera.

2.1. Facultad impositiva territorial.

La Sala rectificó la jurisprudencia sobre la materia, así en sentencia de 9 de julio de 2009, expediente 16544¹¹, se pronunció así:

"... se advierte que en la Constitución de 1886 la facultad impositiva de los municipios era derivada y, por tanto, no era autónoma, pues aquella estaba supeditada a lo dispuesto en las leyes expedidas por el Congreso.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 se mantuvieron los principios de legalidad tributaria y de autonomía de las entidades municipales consagrados en la anterior Constitución, al disponer en el artículo 338:

¹¹ Criterio reiterado en la sentencia de 18 de marzo de 2010, Exp. 17438, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

ARTICULO 338. *En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*

(...) (Subrayas fuera de texto)

La norma constitucional transcrita introduce como modificación que sean la Ley, las ordenanzas o los acuerdos las que determinen los elementos del tributo, en clara concordancia y desarrollo de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, consagrados en los artículos 1°, 287-3, 300-4 y 313-4 de la Carta, al conferirles a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales la potestad de establecer los diferentes aspectos de la obligación tributaria.

En efecto, la Corte Constitucional¹² respecto del artículo 338 de la Carta ha sostenido:

*“Ante lo afirmado en la demanda, es necesario destacar que el aludido precepto constitucional **no tiene el sentido de concentrar en el Congreso la competencia exclusiva y excluyente para establecer los elementos de todo tributo, incluidos los que establezcan las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, pues ello implicaría, ni más ni menos, el desconocimiento del ámbito propio e inalienable que la Constitución reconoce a las entidades territoriales en cuanto al establecimiento de gravámenes en sus respectivos territorios.***

(...)

*“Cuando la Constitución estatuye que tales competencias de los cuerpos de elección popular habrán de ser ejercidas de acuerdo con la ley no está dando lugar a la absorción de la facultad por parte del Congreso, de tal manera que las asambleas y los concejos deban ceder absolutamente su poder de imposición al legislador. **Este, por el contrario, al fijar las pautas y directrices dentro de las cuales obrarán esas corporaciones, tiene que dejar a ellas el margen que les ha sido asignado constitucionalmente para disponer, cada una dentro de las circunstancias y necesidades específicas de la correspondiente entidad territorial, lo que concierne a las características de los gravámenes que vayan a cobrar.***

*“Por eso, el mismo artículo 338 de la Constitución, que el demandante estima violado, **dispone con claridad que no solamente la ley sino las ordenanzas y los acuerdos son los actos que consagrarán directamente los elementos de los tributos. Tal competencia está deferida, pues, según que el gravamen sea nacional, departamental, distrital o municipal, al Congreso, a las asambleas y a los concejos.***

¹² C-413 de 1996.

(...)

*“Dentro de ese contexto, la referencia a la obligación de señalar en el acto creador del impuesto los elementos esenciales de la obligación tributaria ha de entenderse hecha, según el tipo de gravamen, por el nivel territorial al que corresponda, de lo cual se infiere que si el legislador, como puede hacerlo (artículos 295, 300-4 y 313-4), decide regular o establecer normas generales sobre tributos del orden departamental, municipal o distrital, **no se le puede exigir, ni debe permitírsele, que en la ley respectiva incluya directamente todos los componentes del tributo (hecho gravable, base gravable, sujetos activos, sujetos pasivos y tarifas) o, en los casos de tasas y contribuciones, el método y el sistema para recuperación de costos o la participación en beneficios** -como sí está obligado a hacerlo tratándose de tributos nacionales-, **pues su función no es, ni puede ser, según las reglas de la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales, la de sustituir a los órganos de éstas en el ejercicio de la competencia que les ha sido asignada por la Constitución.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el artículo 338 de la Constitución Política señala la competencia que tienen los entes territoriales para que, a través de sus 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.

No obstante, debe advertirse que la mencionada competencia en materia impositiva de los municipios, para el caso, no es ilimitada, pues no puede excederse al punto de establecer tributos *ex novo*, pues la facultad creadora esta 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 aquélla no los haya fijado directamente.

Conforme a la jurisprudencia transcrita, el artículo 338, inciso primero, de la Constitución Política confiere a las Asambleas y Concejos la atribución de determinar, “*directamente*”, los elementos de la obligación tributaria del orden departamental, distrital y municipal de conformidad con las pautas dadas por el legislador.

Esta norma armoniza con el artículo 278-3 ib que faculta a los entes territoriales para *establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones*, si bien, deben hacerlo “dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

Al tenor de estas disposiciones constitucionales la potestad impositiva de los entes territoriales no es derivada, sino directa, aunque el legislativo puede fijarle límites al autorizar la creación de los tributos en las respectivas jurisdicciones territoriales.

En conclusión, el legislador tiene competencia para fijar parámetros a las Asambleas y Concejos, pero no para habilitarlas a efectos de establecer impuestos, pues la potestad impositiva de las entidades territoriales deriva directamente de la Constitución¹³.

2.2. El Impuesto de alumbrado público. Autorización Legal.

La Ley 97 de 1913 autorizó al Concejo de Bogotá para crear, entre otros, el impuesto sobre el servicio de alumbrado público¹⁴, y para *“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”*.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-504 de 2002, luego de determinar la vigencia de los literales d) e i) del artículo 1° de la Ley 97/13, estableció que las atribuciones que esta Ley confiere se ajustan a los artículos 313-4 y 338 de la Constitución, así concluyó:

Abstracción hecha de esta inconstitucionalidad [se refiere a la alocución “y análogas”], 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. Por lo mismo, la ley que cree o autorice la creación de un tributo territorial debe gozar de una precisión tal que acompañe la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, en orden a desarrollar el principio de igualdad frente a las cargas públicas dentro de un marco equitativo, eficiente y progresivo.

Destacando en todo caso que mientras el Congreso tiene la potestad exclusiva para fijar todos los elementos de los tributos de carácter nacional; en lo atinente a tributos del orden territorial debe como mínimo crear o autorizar la creación de los mismos, pudiendo a lo sumo establecer algunos de sus elementos, tales como el sujeto 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

¹³ En este sentido aclaró el voto la Dra. Martha Teresa Briceño en la sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 17420, C.P. Dr. William Giraldo Giraldo.

¹⁴ Artículo 1° literal d).

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 –y deslindando la mencionada inexecutable- 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. Es decir, en armonía con los artículos 338 y 313-4 de la Constitución Política, que a las claras facultan a las asambleas y concejos para votar los tributos de su jurisdicción bajo la concurrencia del ordenamiento superior y de la ley, los segmentos acusados guardan –con la salvedad vista- la consonancia constitucional exigida a la ley en materia de tributos territoriales. Por lo demás, en gracia de discusión podría anotarse que si bien al amparo del anterior ordenamiento constitucional los literales demandados pudieron entrañar algún vicio de inconstitucionalidad, es lo cierto que en términos de la actual Constitución Política tales literales destacan por su exequibilidad, con la salvedad expresada.

Conforme la providencia anterior, el legislador autorizó al Concejo de Bogotá para crear el **impuesto de alumbrado público** en su jurisdicción y lo facultó para determinar los elementos del tributo. Atribuciones que, luego, mediante la Ley 84 de 1915 extendió a los demás municipios.

El caso concreto.

El Concejo de Zona Bananera con apoyo en los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Política, 1° (lit. d) de la Ley 97 de 1913 y en la Resolución CREG 043 de 1995 estableció el gravamen mediante el Acuerdo 011 de 2003, modificado por el Acuerdo 005 de 2004. Actos anulados por la jurisdicción el 30 de octubre de 2009, como se indicó. Tales actos habían sido modificados por el Acuerdo 12 de 2006.

En este acto la autoridad territorial, con fundamento en la sentencia C-504/04, definió el gravamen como el **impuesto** que se cobra para atender los costos y gastos de la prestación del servicio de alumbrado público, y lo concerniente al sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa, así:

Artículo 6°. El artículo 4° del Acuerdo 011 de agosto 29 de 2003, modificado por el Artículo 1° del Acuerdo 005 de Agosto 19 de 2004 quedará así: **Sujeto Pasivo:** Son sujeto pasivo del impuesto de Alumbrado Público, todas las personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, que sea o no usuario o suscriptor del servicio de energía eléctrica, los propietarios, o poseedores o tenedores a cualquier títulos (sic) de predios no incorporado (sic) como suscriptores o usuarios del servicio de energía eléctrica en el Municipio Zona Bananera, que se benefician directa o indirectamente

del servicio de Alumbrado Público y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo.

Parágrafo 1º: **Hecho Generador:** (...).

Parágrafo 2º. **Base gravable:** La base gravable del impuesto de alumbrado público se determinará sobre el consumo de energía eléctrica en las áreas urbanas y rurales que tengan los suscriptores o usuarios del servicio de energía eléctrica, considerados como usuarios regulados o no del servicio de energía eléctrica (sic), así como los usuarios de otro tipo de energía, y/o sobre todos los bienes inmueble (sic), y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado, así como todos los propietarios o poseedores o tenedores a cualquier título de predios o bienes inmuebles urbanos o rurales no incorporados como suscriptores o usuarios del servicio de energía eléctrica, en los segmentos residenciales, industriales, comerciales, hoteleros y oficiales.

Artículo 7º: El artículo 6º del Acuerdo 011 de agosto 29 de 2003, modificado por el acuerdo 005 de agosto 19 de 2004, quedará así: La **tarifa** del impuesto de alumbrado público consistirá en valor mensual que se cobrará a cada sujeto pasivo calculado por un porcentaje sobre el valor bruto del consumo de energía teniendo en cuenta su extracto (sic) o nivel de suscriptores del servicio de energía eléctrica, para los contribuyentes no incorporados como suscriptores de la empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica, se tomara (sic) como base un porcentaje de la liquidación del puesto (sic) predial unificado y para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales. Para tales efectos se aplicará la siguiente tabla:

Sector Residencial	
Estrato	Valor a cobrar \$/mes
1	4% sobre el valor bruto del consumo
2	5% sobre el valor bruto del consumo
3	6% sobre el valor bruto del consumo
4	7% sobre el valor bruto del consumo
Sectores Industrial, comercial y Oficial	
Valor a cobrar %mes	
Industrial regulado 5% sobre el valor bruto del consumo	Industrial no regulado 7% sobre el valor bruto del consumo
Comercial regulado 4% sobre el valor bruto del consumo	Comercial no regulado 5% sobre el valor bruto del consumo
Oficial regulado 10% sobre el valor bruto del consumo	Oficial no regulado 12% sobre el valor bruto del consumo

Parágrafo 1. El Parágrafo 2 del Artículo 6° continua (sic) vigente.

Artículo 8°. [...].

Se observa que la autoridad en ejercicio de las facultades constitucionales y legales adoptó en esa jurisdicción el **impuesto de alumbrado público**.

El servicio de alumbrado público fue definido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en el artículo 1° de la Resolución 043 de 1995¹⁵, como 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”*.

Definición que junto con la contenida en el Decreto 2424 de 2006¹⁶ tuvo en cuenta esta Corporación para señalar que “que el servicio de alumbrado público es un derecho colectivo¹⁷ que los municipios tienen el deber de suministrar de manera eficiente y oportuna y, a su vez, la colectividad tiene el deber de contribuir a financiar para garantizar su sostenibilidad y expansión¹⁸.

La ley 97 de 1913 autorizó a los municipios para crear, en sus jurisdicciones, el impuesto sobre el servicio de alumbrado público. Así, el legislador determinó el hecho imponible o presupuesto económico de la obligación tributaria, que no es otro que el servicio de alumbrado público definido, como se indicó en la Resolución 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006.

En cuanto al hecho generador o elemento revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, esta Sala precisó que para este impuesto lo **“es el ser usuario potencial¹⁹ receptor de ese servicio”²⁰**.

¹⁵ Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público.

¹⁶ Decreto por el cual se regula el servicio de alumbrado público. Art. 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.*

Parágrafo. La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o Distrito”.

¹⁷ Literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

¹⁸ Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 16667, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁹ DRAE . DEFINICIÓN DE POTENCIAL 4. adj. Que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe.

²⁰ Ib.

En la misma providencia se define **usuario potencial** a “*todo sujeto que forma parte de una colectividad que reside en determinada jurisdicción territorial. No se requiere que el usuario reciba permanentemente el servicio, porque el servicio de alumbrado público, en general, es un servicio en constante proceso de expansión. El hecho de que potencialmente la colectividad pueda beneficiarse del mismo, justifica que ningún miembro quede excluido de la calidad de sujeto pasivo*”.

En la misma sentencia, la Sala señaló:

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

“Lo anterior justifica la disparidad de fórmulas que han adoptado los concejos municipales al regular el impuesto al servicio de alumbrado público y, por eso, es necesario analizar cada caso concreto a efectos de verificar que la regulación que se cuestiona tenga una referencia a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él, o se relacione con éste.²¹

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

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

En cuanto el sujeto pasivo, de la lectura del artículo 6° se evidencia que la expresión “y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo”, cuya nulidad se solicita, no contraría el ordenamiento legal, toda vez que, como se indicó el hecho generador del impuesto es el ser **usuario potencial** del servicio de alumbrado público, así si se cobra el tributo conforme a la ley, se entiende que es cobrado a quien legalmente está obligado a pagarlo, en este entendido el aparte cuestionado no desconoce los principios de igualdad, equidad, generalidad y progresividad de los tributos invocados por el actor.

La **base gravable** o elemento que permite cuantificar el hecho gravado, corresponde a la magnitud de aquél expresado en valores monetarios que debe ser determinada por procedimientos especiales en cada caso²².

²¹ 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.

²² BRAVO Arteaga, Juan Rafael. Nociones Fundamentales de Derecho Tributario, Tercera Edición, Cuarta Reimpresión 2009. Editorial Legis. pp. 262

La Sala en providencia anterior²³ anotó que “Los métodos de determinación que fijan la cuantía de los tributos y las reglas aplicables al objeto de medición, son los de *estimación directa*, que extrae la mayor cantidad de datos de la realidad para medir la capacidad económica; *estimación objetiva*, en el que se renuncia al parámetro exacto de realidad de forma que sus datos se sustituyen por otros contruidos a partir de modelos, coeficientes, etc. para ciertos sectores, actividades u operaciones, de modo que la base resultará de la aplicación de esos índices, módulos o datos, normativamente establecidos; y, el método de *determinación indirecta*, aplicable cuando no se puede establecer la base gravable con los dos métodos anteriores, y frente al incumplimiento de los deberes formales del sujeto pasivo, tomándose éste como hecho indiciario a partir del cual se construye una realidad que el sujeto pasivo no ha querido dar a conocer.”

La frase “y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado” contenida en el parágrafo 2° del artículo 6° del Acuerdo 12/06 que define la base gravable del tributo, no es un elemento que permita cuantificar el impuesto, ni medir la capacidad económica del sujeto pasivo. Es un hecho económico incluido en esta disposición pero que da origen a la obligación tributaria, por ende está ampliando el hecho generador que como se precisó “**es el ser usuario potencial²⁴ receptor de ese servicio**” y no otro, por lo que procede declarar su nulidad por desconocer el principio de legalidad.

La **tarifa** o elemento de medición de la base gravable, o si se quiere, de liquidación particular, puede ser fijó 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. Asimismo, las tarifas pueden expresarse en porcentajes fijos, proporcionales, o progresivos. Tratándose del impuesto de alumbrado público, deben referir a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se deriven de él, o se relacionen con éste²⁵.

Así, dado que el servicio de alumbrado público es el hecho imponible, el costo real de la prestación de este servicio, o aspecto cuantitativo, debe determinarse de conformidad con la metodología que la Comisión de Regulación de Energía y Gas establezca 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, en cumplimiento de lo dispuesto en los literales c) y e) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994²⁶

La CREG en la Resolución 043 de 1995 al regular el recaudo prevé una limitación al señalar que “*El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento*”²⁷.

La Sala ha considerado que desde esta perspectiva, no se vulnera el artículo 338 superior, en tanto sean razonables y proporcionales las tarifas con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad²⁸.

²³ Sentencia del 10 de marzo del 2011, Exp 18330. C.P. Dra. Martha Teresa Ortiz de Rodríguez.

²⁴ DRAE . DEFINICIÓN DE POTENCIAL **4.** adj. Que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe.

²⁵ Sentencia del 10 de marzo del 2011, Exp. 18141, D.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

²⁶ Decreto 2424 de 2006, art. 10. Metodología para la determinación de costos máximos.

²⁷ Resolución 43/95, artículo 9, parágrafo 2°.

²⁸ En este sentido las sentencias del 11 de marzo de 2010, Exp. 16667 y 10 de marzo del 2011, Exp. 18141.

Al regular este elemento el Concejo de Zona Bananera en el artículo 7°, indicó que la tarifa para unos sujetos pasivos del tributo es un porcentaje sobre el valor del consumo de energía, así clasifica los sujetos pasivos por categorías, esto es, sector residencial, industrial, comercial y oficial y dispone que **“para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales”**.

Esta expresión sentada de manera general y teniendo en cuenta que el párrafo 2° que listaba las actividades especiales y la tarifa fija señalada para cada una fue anulado por la jurisdicción, no encuentra la Sala que infrinja de manera alguna el derecho a la igualdad o a los principios de justicia y equidad que rigen la obligación a cargo de los administrados de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado.

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:

Revócase la sentencia del 22 de octubre de 2008 del Tribunal Administrativo del Magdalena, objeto del recurso de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva. En su lugar:

1. Frente al “párrafo 2 del artículo 6° del **Acuerdo 11 del 2003**”, los apartes *“demás personas que de conformidad con el presente Acuerdo desarrollen actividades económicas en la jurisdicción del Municipio de Zona Bananera”* del artículo 1° y *“para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales”* del primer inciso del artículo 2 y del “párrafo 2 del artículo 2 del **Acuerdo 005 de 2004** y el párrafo 1 del artículo 7 del **Acuerdo 12 de 2006**, todos del Concejo Municipal de Zona Bananera y las pretensiones que en subsidio formuló el demandante, **estése** a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Magdalena en la sentencia del 30 de septiembre de 2009, proferida en el proceso 47-001-2331-003-2008-0024-00.

2. **Anúlase** la expresión “y las actividades que desarrolla las sociedades legales o de hecho de derecho público o privado” del párrafo 2° del artículo 6° del Acuerdo 12 de 2006 del Concejo Municipal de Zona Bananera.

3. **Deniégase** la nulidad de las frases “y a los que le sea cobrado el impuesto de la forma en que determine este acuerdo” del primer inciso del artículo 6° y *“para las empresas de actividades especiales se determinará en salarios mínimos legales mensuales”* del inciso 1 del artículo 7° del Acuerdo 12 de 2006 del Concejo Municipal de Zona Bananera.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ