

FACULTAD IMPOSITIVA - Los concejos municipales pueden determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la ley

Mediante sentencia del 9 de julio de 2009, la Sala modificó la jurisprudencia respecto de la facultad de los Concejos Municipales en materia impositiva. Tal providencia se expidió con ocasión del análisis de legalidad de un acuerdo que, en desarrollo de la Ley 97 de 1913, estableció los elementos del impuesto “sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y analógicas”. En esa sentencia se determinó la legalidad del acuerdo demandado con fundamento, principalmente, en la sentencia C-504 de 2002, mediante la que, la Corte Constitucional determinó la vigencia de los literales d) e i) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 y declaró que son exequibles bajo el entendido de que corresponde a los concejos municipales determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la citada ley. También se acogió, de la sentencia citada que, “(...) creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la facultad impositiva de los concejos municipales se reiteran sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 9 de julio de 2009, Rad. 16544, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y 15 de octubre de 1999, Rad. 9456, M.P. Julio E. Correa Restrepo

IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Hecho generador / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Elemento objetivo y subjetivo

Con fundamento en la doctrina judicial expuesta, queda claro que el artículo 1 de la Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público y facultó al Concejo de Bogotá para fijar los elementos del impuesto. Por disposición de la Ley 84 de 1915, esa facultad se hizo extensiva a todos los municipios. El hecho generador del impuesto es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo; es el supuesto de hecho que, por ser indicativo de capacidad económica, ha sido seleccionado por el legislador para vincular a su realización el nacimiento de una obligación de pago de un tributo. La doctrina ha precisado que el hecho generador está compuesto necesariamente por un elemento objetivo y un elemento subjetivo. El elemento objetivo corresponde al hecho en sí mismo considerado y el elemento subjetivo a la conexidad de ese hecho con un sujeto en la medida que lo ejecuta o realiza. Dentro del elemento objetivo también se ha considerado que es posible diferenciar un aspecto material o cualitativo que hace alusión al propio hecho que el legislador previó como generador del impuesto; un aspecto espacial que tiene que ver con la jurisdicción territorial en donde se realiza el hecho, el aspecto temporal que tiene que ver con el momento en que nace la obligación, más conocido como causación y, el aspecto cuantitativo que permite medir “la magnitud cuantitativa del hecho generador”. Se ha precisado también que es menester distinguir el hecho generador del objeto del tributo u objeto imponible. Tratándose del impuesto de alumbrado público, la Sala considera que el artículo 1 de la Ley 97 de 1913 fijó como objeto imponible el servicio de alumbrado público.

SERVICIO DE ALUMBRADO PUBLICO - Definición / ALUMBRADO PUBLICO – Es un derecho colectivo

La Resolución CREG 043 de 1995 definió el servicio de alumbrado público como “(...) la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.” En similar sentido, el Decreto 2424 de 2006 definió al servicio de alumbrado público como un “el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.” A partir de las anteriores definiciones, en sentencia proferida el 17 de julio de 2008, la sección dijo que las normas transcritas “no permiten identificar el objeto del tributo, es decir, la acción, los bienes o los derechos a los que se les impone el gravamen”. Que “tampoco puede identificarse el vínculo que puede unir al sujeto pasivo con el objeto del tributo para que resulte obligado a sufragar el impuesto.” Que “si el hecho generador es la iluminación de espacios de libre circulación, no hay claridad sobre lo que se pretende gravar.” Que “si se dijera que es el simple tránsito por dichos lugares, no hay certidumbre sobre cuál es el indicador de capacidad contributiva. Si por el contrario es la propiedad de un bien inmueble o la realización de actividades dentro del municipio, no es evidente su relación con la iluminación de bienes de uso público.” Que “tampoco puede considerarse como el costo del servicio ni como retribución por el beneficio obtenido, pues, no es posible identificar a la persona que percibe directamente el servicio de alumbrado y en particular la manera de determinar la proporción del beneficio.” Contrario a lo que se dijo en la citada providencia, esta Sala considera que el servicio de alumbrado público es un derecho colectivo que los municipios tienen el deber de suministrar de manera eficiente y oportuna y, a su vez, la colectividad tiene el deber de contribuir a financiar para garantizar su sostenibilidad y expansión.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2424 DE 2006 / RESOLUCION CREG 043 DE 1995

SERVICIO DE ALUMBRADO PUBLICO – Objeto imponible / ALUMBRADO PUBLICO – Sujeto pasivo / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Los municipios gozan de autonomía para fijar los elementos del impuesto dentro de parámetros de razonabilidad proporcionalidad y equidad / USUARIO POTENCIAL - Definición

El objeto imponible es el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo genera es el ser usuario potencial receptor de ese servicio. En ese contexto, “el contenido económico” inmerso en el hecho generador y la “capacidad contributiva” del potencial usuario no es evidente, porque, precisamente, la mayor dificultad que ofrece la regulación del impuesto al servicio de alumbrado público es la cualificación del sujeto pasivo, la determinación del momento en que nace la obligación a su cargo y, por ende, la determinación de la magnitud cuantitativa del hecho generador con la que se pretende sufragar el costo del servicio. Para la Sala, si bien el sujeto pasivo que fijó el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no es determinado, sí es determinable en la medida que no se está refiriendo a cualquier empresa sino a aquellas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la

jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta. La alocución “cuyos oleoductos” está referida a los activos que pueden ser de propiedad o administrados por las empresas a que hizo alusión el Acuerdo y, en esa medida, es posible identificar al sujeto pasivo. En consecuencia, para la Sala el municipio demandado no incurrió en vaguedad o imprecisión al fijar el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público. Sin embargo, el hecho de que no exista la conexión SPDE-AP no implica que el impuesto vulnere el artículo 338 de la Carta Política, porque esta norma parte de que los municipios gozan de autonomía para fijar los elementos del impuesto dentro de parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y, por ende, de equidad. Para la Sala, es razonable que todo usuario potencial del servicio de alumbrado público sea sujeto del impuesto. Y, es usuario potencial 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.

HECHO GENERADOR DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PUBLICO – Aspecto espacial / CAUSACION DEL SERVICIO DE ALUMBRADO PUBLICO / IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Es instantáneo pero el municipio puede establecer la periodicidad para su pago / CREG – Es la que establece una metodología para la determinación de los costos máximos para remunerar a los prestadores del servicio de alumbrado público

El aspecto espacial del hecho generador está determinado por la jurisdicción del municipio donde se presta el servicio a la colectividad residente, porque los demás serían receptores ocasionales. Para el caso de la norma demandada debe entenderse que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 está referido a las empresas cuyos oleoductos atraviesan la jurisdicción del Municipio de San José de Cúcuta pero que, además, residen en esa localidad. En este entendido, la norma no vulnera el artículo 338 de la Carta Política. El aspecto temporal del impuesto, esto es, la causación, es consustancial a la prestación del servicio en los horarios que el municipio tiene dispuesto para el efecto pero no está sujeto o ligado al momento preciso en que se presta y recibe el servicio, porque la percepción del servicio es eventual e incluso temporal. En ese orden de ideas es pertinente colegir que el impuesto de alumbrado público es un impuesto instantáneo pero el municipio puede establecer la periodicidad para su pago. Ahora bien, respecto del aspecto cuantitativo, la determinación de los costos reales del servicio y la redistribución entre los potenciales usuarios, en la práctica no es uniforme, dadas las dificultades que conlleva esa tarea por las particulares condiciones de las entidades territoriales. Por eso, mediante el Decreto 2424 de 2006, por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, el Gobierno nacional dispuso que le corresponde a la CREG establecer una metodología para la determinación de “los costos máximos” que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público. De ahí que la CREG, en reiterada doctrina, recuerde que “los municipios no pueden recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio, incluida la expansión y el mantenimiento”, límite que fijó el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995.

EXENCION POR LA ACTIVIDAD DE TRANSPORTE DE PETROLEO Y LA EXENCION POR LOS BIENES NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCION Y

CONSERVACION DE REFINERIAS – Justificación constitucional / IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Objeto imponible / IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO A OLEODUCTOS – No vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, porque no tiene como fin gravar el transporte de petróleo sino hacer determinable el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público

La Sala considera que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos ni el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 por las siguientes razones: El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 regula el impuesto de alumbrado público y el artículo 16 del Código de Petróleos regula la exención a las actividades y bienes taxativamente enlistados en esa norma. La explotación de recursos naturales no renovables está sometida a una compensación a título de regalía. El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no pretende gravar la explotación de recursos naturales no renovables. El impuesto de alumbrado público tiene como objeto imponible el servicio de alumbrado público y como hecho generador, el hecho de ser usuario potencial del servicio. En esa medida, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos, pues, no grava la explotación de recursos naturales no renovables ni afecta el ingreso que percibe el Estado por concepto de regalías. La exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos, como lo precisó la Corte, tiene como fin esclarecer que sobre la explotación de recursos naturales no renovables se causan regalías cuyo beneficiario es el Estado por ser el propietario del subsuelo. Por eso, las entidades territoriales no pueden imponer otros gravámenes sobre esa actividad, sin perjuicio de la participación que la Constitución previó a favor de las entidades territoriales sobre parte de las regalías. Así mismo, respecto de las otras actividades, como también lo precisó la Corte, la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos y la prohibición establecida en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 no se inmiscuye en los tributos propios de los municipios y, por eso, la regulación de impuestos sobre la propiedad de las empresas que ejecutan la actividad de explotación no vulneran ni la exención ni la prohibición. Ni siquiera, con las limitaciones que ha impuesto la ley, el impuesto de industria y comercio que grava la actividad de comercio como tal, vulnera la exención y la prohibición. En consecuencia, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002, que gravó con el impuesto de alumbrado público a las empresas cuyos oleoductos atraviesan la jurisdicción territorial del municipio de San José de Cúcuta, tampoco vulneran el artículo 16 del Código de Petróleos y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, porque el referente a los oleoductos no tiene como fin gravar el transporte de petróleo sino hacer determinable el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, que, se reitera, no grava ninguna de las actividades o bienes a que se refiere el artículo 16 del Código de Petróleos y ni la actividad de explotación de recursos naturales no renovables a que se refiere el artículo 27 de la Ley 141 de 1994.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la exención por la actividad de transporte de petróleo y la exención por los bienes necesarios para la construcción y conservación de refinerías, se cita sentencia de la Corte Constitucional Rad. C-567 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 101 DE 2002 (20 de diciembre) CONCEJO MUNICIPAL DE SAN JOSE DE CUCUTA – ARTICULO 11 (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C., Once (11) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01079-00(16667)

Actor: ERNESTO COLLAZOS SERRANO

Demandado: MUNICIPIO SAN JOSE DE CUCUTA

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de San José de Cúcuta contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2007, mediante la que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander anuló el artículo décimo primero del Acuerdo 101 del 20 de diciembre de 2002.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el demandante solicitó la nulidad del artículo décimo primero del Acuerdo 101 de 2002, cuyo texto es el siguiente:

“(...)”

“ARTICULO DECIMO PRIMERO: Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta, pagarán un impuesto fijo mensual equivalente a ciento sesenta (160) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”

El demandante adujo la violación de los artículos 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política, el artículo 16 del Decreto Ley 1056 de 1953 (Código de Petróleos), en concordancia con el Decreto 850 de 1965 y el artículo 27 de la ley 141 de 1994.

El actor expuso como concepto de violación que el artículo décimo primero del acuerdo, cuya nulidad se solicita, vulneró el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953, reglamentado por el Decreto 850 de 1965 y, el artículo 27 de la Ley 141 de 1994. Dijo que el artículo 16 del Decreto 1056 estableció que *“La exploración y explotación del petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesite para su beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos quedan exentos de toda clase de impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos, lo mismo que del impuesto fluvial”*. Que cuando el municipio demandado estableció el impuesto de alumbrado público a cargo de *“Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta”*, vulneró el artículo 16 del Decreto Ley 1056 de 1953, en la medida que no es pertinente que las entidades territoriales graven la actividad de transporte por oleoducto.

Así mismo, señaló que el municipio vulneró el artículo 313 numeral 4 de la Constitución Política. Que conforme con esa disposición, los concejos municipales pueden votar los tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes y que, en el caso concreto, el municipio de San José de Cúcuta fijó el impuesto de alumbrado público para *“Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta”* sin tener en cuenta que la actividad de transporte está exenta de toda clase de impuesto municipal.

En cuanto a la vulneración del artículo 338 de la Constitución Política, adujo que el Acuerdo 101 de 2002 reguló el impuesto de alumbrado público y estableció todos los elementos del tributo pero que, en el artículo demandado, el municipio se apartó del esquema inicialmente propuesto y fijó el impuesto a cargo de *“Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta”*, sin precisar los elementos del impuesto.

En efecto, señaló que el sujeto pasivo era indeterminado porque no era pertinente referirse, en general, a empresas supuestamente propietarias de oleoductos.

Dijo que el vocablo “empresa” era atípico y que, por el contrario, el término “usuario”, que se utilizó en el artículo 5 del Acuerdo 101 para los demás contribuyentes, era el adecuado.

En cuanto al hecho generador, el demandante adujo que el artículo 2 del Acuerdo 101 de 2002 lo reguló para todos los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica. Que según esa disposición, el hecho generador es la prestación del servicio de alumbrado público que preste el Municipio de San José de Cúcuta en forma directa o a través de concesionarios. Que, en ese contexto, los costos en que incurre el municipio por prestar el servicio los traslada a los usuarios que son las personas naturales o jurídicas tenedoras de bienes inmuebles con instalaciones eléctricas domiciliarias. Que cuando el artículo 11 del Acuerdo 101 dispuso que eran sujetos pasivos del impuesto las empresas “*cuyos oleoductos atraviesan (...)*” rompió la tipicidad y filosofía del Acuerdo porque dentro del catálogo de usuarios están las empresas petroleras que tienen instalaciones en el municipio demandado y que, por tanto, también clasifican como los usuarios a que se refiere el artículo 2 del Acuerdo 101.

Señaló que repugna a la naturaleza y objeto del impuesto que se incluyan a las empresas a que alude el artículo 11 por el sólo hecho de que los oleoductos atraviesen la jurisdicción territorial del municipio a través de predios que pueden encontrarse en diferentes situaciones jurídicas (predios baldíos, ejidos, de propiedad privada, de particulares, etc) y, además, carecen del servicio de alumbrado público. Por lo tanto, concluyó que el elemento objetivo fundamental del impuesto no se especificó en el artículo 11 del Acuerdo.

En cuanto a la causación, el actor explicó que se tipificó en el artículo tercero del Acuerdo 101, artículo que dispuso que el impuesto se causa a partir del momento en que las personas naturales o jurídicas clasificadas como usuarios residenciales, comerciales, industriales, de servicios y del sector hotelero reciben la prestación del servicio de energía eléctrica que se presta en esa jurisdicción.

Adujo que las empresas cuyos oleoductos atraviesan el municipio no reciben ni requieren de la energía eléctrica que suministra el municipio y que, por tanto, no le facturan ese servicio. Que, en esa medida, si esas empresas no son usuarias del servicio de energía eléctrica, tampoco son beneficiarias del servicio

de alumbrado público, razón por la que, la omisión de este supuesto vicia de inconstitucionalidad el artículo demandado.

Respecto de la base gravable, el demandante citó el artículo 6 del Acuerdo 101 de 2002 que la fijó sobre el valor facturado por el consumo del servicio de energía eléctrica y, en concordancia con lo que expuso anteriormente, adujo que si a las empresas cuyos oleoductos atraviesan la jurisdicción del municipio no se les factura el servicio de energía eléctrica, no existe el elemento objetivo básico y fundamental para fijar la base gravable del impuesto al servicio de alumbrado público y, por esta razón, también es inconstitucional la norma acusada.

Señaló que, consecuente con lo anterior, la tarifa que fijó el municipio era desproporcionada, pues, no obstante que los oleoductos no consumen energía eléctrica, parámetro que es el que tuvo en cuenta el municipio para gravar a los demás sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, a "*Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta*", la tarifa la fijó en 160 salarios mínimos por cero kws de consumo.

En cuanto a la periodicidad del impuesto, el actor señaló que el artículo 8 del Acuerdo estableció que el pago sería mensual pero que como hay absoluta falta de adecuación típica de los elementos objetivos para que el impuesto se cumpla, se vulneró el artículo 338 de la Carta Política.

La demandante adujo que, en consecuencia, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no tiene los elementos necesarios para que el impuesto se ajuste a los requerimientos constitucionales previstos en el artículo 338.

En documento independiente solicitó la suspensión provisional del artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002, solicitud que el a quo resolvió de manera favorable mediante auto del 18 de noviembre de 2004 y que la sección confirmó mediante auto del 19 de mayo de 2005.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del municipio manifestó que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 se ajustó al numeral 4 del artículo 313 y al artículo 338 de la Constitución Política.

Que conforme al numeral 4 del artículo 313 de la Constitución Política, los municipios pueden votar los tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes. Que, en esa medida, el municipio acató la Constitución porque ejerció la facultad que ese artículo y el artículo 338 de la Constitución prevén a favor de los municipios para fijar impuestos. Además, dijo que con fundamento en esas normas, el municipio ejerció la autonomía que la Constitución consagró para administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones al tenor de los artículos 287 y 362 de la Constitución.

Manifestó que el municipio acató la Ley porque mediante el literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915 el legislador autorizó a los municipios a regular el impuesto de alumbrado público. Que sobre el Código de Petróleos prevalecen los mandatos constitucionales que le otorgan la competencia al municipio para establecer impuestos. Además, dijo que el impuesto de alumbrado público es un impuesto especial. Respaldó sus argumentos con la sentencia C- 504 de julio de 2002 de la Corte Constitucional que declaró la exequibilidad de la Ley 97 de 1913.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró la nulidad del artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002. Precisó que si bien de conformidad con los artículos 313 y 338 de la Constitución Política, los municipios se encuentran autorizados para establecer el impuesto de alumbrado público, cuya creación fue autorizada por la Ley 97 de 1913, para ejercer esa facultad, los municipios no pueden exceder los lineamientos establecidos en la ley

Dijo que uno de esos lineamientos era la exención que consagró el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953. Señaló que el municipio vulneró el Código de Petróleos cuando estableció como sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público a las empresas cuyos oleoductos atravesen los predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El municipio demandado apeló la sentencia y reiteró que el Concejo Municipal de San José de Cúcuta expidió el acuerdo en ejercicio de la potestad que le asignó la Constitución y la ley. Además, dijo que está obligado a pagar el impuesto de alumbrado público quien se beneficia del servicio, pues, el acuerdo demandado era de carácter general y no particular. Transcribió normas y jurisprudencia para respaldar su dicho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La *demandante* reiteró los argumentos de la demanda.

El Municipio de San José de Cúcuta reiteró las razones del recurso de apelación. En síntesis, adujo que la Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público, que el Acuerdo precisamente reguló los elementos del impuesto con fundamento en esa autorización y que, por lo tanto, el Acuerdo no violaba ninguna ley.

El *Ministerio Público* dijo que el municipio goza de plena autonomía para establecer los elementos esenciales del tributo, según la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, en concordancia con los artículos 287 y 338 de la Constitución, pero que debía ceñirse a la Constitución y a la ley.

Manifestó que el Municipio de San José de Cúcuta desconoció la ley, porque incluyó como sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público a las empresas cuyos oleoductos atraviesan los predios situados en la jurisdicción rural o urbana del municipio cuando tales empresas gozan de exención por todo tipo de impuestos, al tenor del artículo 16 del Código de Petróleos.

CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala definir si el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 proferido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta es nulo.

La Sala resolverá si la norma acusada vulneró el numeral 4 del artículo 313 de la Constitución Política y el artículo 338 *ibídem*. Para el efecto, analizará la

facultad impositiva de los municipios y el deber de sujeción a la ley que crea el impuesto o autoriza su creación con el fin de dilucidar si el municipio demandado, no fijó los elementos del impuesto de alumbrado público como lo demanda la Constitución y la ley

Precisado lo anterior, analizará si pueden ser sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público “*Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta*” o si tales empresas están exentas del impuesto al tenor del artículo 16 del Código de Petróleos, el Decreto 850 de 1965 y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994.

1. La facultad impositiva de los municipios y la sujeción a la ley que crea el impuesto o que autoriza su creación.

Mediante sentencia del 9 de julio de 2009¹, la Sala modificó la jurisprudencia respecto de la facultad de los Concejos Municipales en materia impositiva.

Tal providencia se expidió con ocasión del análisis de legalidad de un acuerdo que, en desarrollo de la Ley 97 de 1913, estableció los elementos del impuesto “*sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y analógicas*”. En esa sentencia se determinó la legalidad del acuerdo demandado con fundamento, principalmente, en la sentencia C-504 de 2002, mediante la que, la Corte Constitucional determinó la vigencia de los literales d) e i) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913 y declaró que son exequibles bajo el entendido de que corresponde a los concejos municipales determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la citada ley.

Dijo la Corte, en concreto, refiriéndose a los dos literales, lo siguiente:

*“Según se vio en líneas anteriores, el caso bajo estudio abarca las facultades impositivas otorgadas por el Congreso al Concejo de Bogotá para crear **el impuesto sobre el servicio de alumbrado público** y el impuesto sobre telégrafos y teléfonos urbanos, sobre empresas de luz eléctrica, de gas y análogas; al igual que para organizar su cobro y darle al recaudo el destino que juzgue más conveniente a la atención de los servicios municipales. De lo cual se sigue que el Legislador autorizó al Concejo Municipal de Bogotá*

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 17001-23-31-000-2006-00404-02 (16544)

para crear los tributos impugnados, para estructurar el trámite de su cobro y, para fijar con apoyo en su aforo las apropiaciones presupuestales atinentes a la atención de los servicios municipales. (...).”.

(...) en lo que hace a la autorización para crear los tributos acusados se observa una cabal correspondencia entre el artículo 1 de la ley 97 de 1913 y los preceptos constitucionales invocados, esto es, los artículos 313-4 y 338 superiores. En efecto, tal como lo ha venido entendiendo esta Corporación, el artículo 338 superior constituye el marco rector de toda competencia impositiva de orden nacional o territorial, a cuyos fines concurren primeramente los principios de legalidad y certeza del tributo, tan caros a la representación popular y a la concreción de la autonomía de las entidades territoriales. Ese precepto entraña una escala de competencias que en forma directamente proporcional a los niveles nacional y territorial le permiten al Congreso de la República, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales imponer tributos fijando directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas. En consonancia con ello el artículo 313-4 constitucional prevé el ejercicio de las potestades impositivas de las asambleas y concejos al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política y la ley, **siempre y cuando ésta no vulnere el núcleo esencial que informa la autonomía territorial de los departamentos, municipios y distritos. Por lo mismo, la ley que cree o autorice la creación de un tributo territorial debe gozar de una precisión tal que acompase la unidad económica nacional con la autonomía fiscal territorial, en orden a desarrollar el principio de igualdad frente a las cargas públicas dentro de un marco equitativo, eficiente y progresivo.**

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 Constitución le otorga a las entidades territoriales. **Es decir, en la hipótesis de los tributos territoriales el Congreso de la República no puede establecerlo todo.**

Bajo este esquema conceptual y jurídico (...) **los literales combatidos exhiben las notas distintivas de la legalidad constitucional, toda vez que en conexidad con el inciso que los precede, le señalan al Concejo de Bogotá un marco de acción impositiva sin hacerle concesiones a la indeterminación ni a la violación de la autonomía territorial que asiste al hoy Distrito Capital. Al respecto nótese cómo la norma establece válidamente el sujeto activo y algunos sujetos pasivos –empresas de luz eléctrica y de gas- y los hechos gravables, dejando al resorte del Concejo de Bogotá la determinación de los demás sujetos pasivos y de las tarifas. 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.” (negrilla fuera de texto)

Por lo tanto, en la sentencia del 9 de julio de 2009, proferida por esta Sala, haciendo alusión al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, se decidió retomar los planteamientos generales sobre la potestad impositiva de las entidades territoriales expuestos en la sentencia de 15 de octubre de 1999², Exp. 9456, C.P. Dr. Julio E. Correa Restrepo en la que se señaló que “(...) en virtud del denominado principio de “predeterminación”, el señalamiento de los elementos objetivos de la obligación tributaria debe hacerse exclusivamente por parte de los organismos de representación popular, en la forma consagrada en el artículo 338 de la Constitución, que asignó de manera excluyente y directa a la ley, la ordenanza o el acuerdo la definición y regulación de los elementos estructurales de la obligación impositiva, al conferirles la función indelegable de señalar “directamente” en sus actos: los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas de los impuestos.”

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

Así mismo, se retomó del citado fallo que “(...) Teniendo en cuenta que la obligación tributaria tiene como finalidad el pago de una suma de dinero, ésta debe ser fijada en referencia a **una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él, o que se relacione con éste.**”³ (negrilla fuera de texto)

² Pie de página original de la sentencia del 9 de julio de 2009: “Si bien en esta sentencia se declaró la nulidad del Acuerdo demandado, ello obedeció a que a través del acto acusado se creaba el impuesto de telefonía móvil celular cuando la Ley hace referencia a telefonía urbana, por lo que se concluyó que el Concejo Municipal carecía de facultades para ello”.

³ En el mismo sentido se acogen los argumentos de la Doctora María Inés Ortiz Barbosa en los diferentes salvamentos de voto que sobre el tema expuso en su oportunidad. Ver sentencias de diciembre 9 del 2004, Exp. 14453, C.P. Dra. Ligia López Díaz y de marzo 5 y 11 del 2004 Exps. 13584 y 13576, respectivamente, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

Se anunció en la sentencia del 9 de julio de 2009 que la doctrina judicial planteada en el año 1994 por el mismo Consejo de Estado es concordante, incluso, con la sentencia C-035 de 2009 que indicó que “(...)la jurisprudencia ha admitido que los elementos de la obligación tributaria sean determinados por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, pero dentro de unos parámetros mínimos que deben ser señalados por el legislador: (i) la autorización del gravamen y (ii) la delimitación del hecho gravado”,

Con fundamento en la doctrina judicial expuesta, queda claro que el artículo 1 de la Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado público y facultó al Concejo de Bogotá para fijar los elementos del impuesto.

Por disposición de la Ley 84 de 1915, esa facultad se hizo extensiva a todos los municipios.

En ese contexto, se procede a analizar si se vulneró el numeral 4 del artículo 313 y el artículo 338 de la Constitución, porque según el demandante, el municipio reguló el impuesto pero no fijó los elementos de manera clara.

El hecho generador del impuesto es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo; es el supuesto de hecho que, por ser indicativo de capacidad económica, ha sido seleccionado por el legislador para vincular a su realización el nacimiento de una obligación de pago de un tributo.⁴

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

⁴ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ. Bogotá, D.C., diecisiete de julio de dos mil ocho (2008) . Radicación número: 07001-23-15-000-2005-00203-01(16170). Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA E.S.P..Demandado: MUNICIPIO DE SARAVERENA

y, el aspecto cuantitativo que permite medir *“la magnitud cuantitativa del hecho generador”*⁵

Se ha precisado también que es menester distinguir el hecho generador del objeto del tributo u objeto imponible.⁶

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

Cuando se ha analizado el aspecto material del hecho generador del impuesto al servicio de alumbrado público, no ha sido pacífica la controversia sobre cuál es el hecho, acontecimiento material, acto o negocio jurídico, estado o situación de una persona o actividad de un sujeto, que concreta la manifestación de riqueza que se quiere gravar.⁷

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

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

⁵ Op. Cit. 4

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, 3 de diciembre de 2009. Expediente 16527. Actor: Protabaco. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, 28 de enero de 2010. Expediente 16198. Actor: Coltabaco. M.P. William Giraldo Giraldo.

⁷ Op. Cit . 4

se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.”

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

A partir de las anteriores definiciones, en sentencia proferida el 17 de julio de 2008⁸, la sección dijo que las normas transcritas *“no permiten identificar el objeto del tributo, es decir, la acción, los bienes o los derechos a los que se les impone el gravamen”*. Que *“tampoco puede identificarse el vínculo que puede unir al sujeto pasivo con el objeto del tributo para que resulte obligado a sufragar el impuesto.”* Que *“si el hecho generador es la iluminación de espacios de libre circulación, no hay claridad sobre lo que se pretende gravar.”* Que *“si se dijera que es el simple tránsito por dichos lugares, no hay certidumbre sobre cuál es el indicador de capacidad contributiva. Si por el contrario es la propiedad de un bien inmueble o la realización de actividades dentro del municipio, no es evidente su relación con la iluminación de bienes de uso público.”* Que *“tampoco puede considerarse como el costo del servicio ni como retribución por el beneficio obtenido, pues, no es posible identificar a la persona que percibe directamente el servicio de alumbrado y en particular la manera de determinar la proporción del beneficio.”*

Contrario a lo que se dijo en la citada providencia, esta Sala considera que el servicio de alumbrado público es un derecho colectivo⁹ 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.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ. Bogotá, D.C., diecisiete de julio de dos mil ocho (2008) .Radicación número: 07001-23-15-000-2005-00203-01(16170). Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA E.S.P..Demandado: MUNICIPIO DE SARAVENA

⁹ Literal j) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

En ese orden de ideas, como se precisó anteriormente, el objeto imponible es el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo genera es el ser usuario potencial¹⁰ receptor de ese servicio.

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

Lo anterior justifica la disparidad de fórmulas que han adoptado los concejos municipales al regular el impuesto al servicio de alumbrado público y, por eso, es necesario analizar cada caso concreto a efectos de verificar que la regulación que se cuestiona tenga una referencia a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él, o se relacione con éste.¹¹

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

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

Esta es la fórmula que eligió el municipio de San José de Cúcuta para gravar dentro de la jurisdicción territorial del municipio a los usuarios potenciales del servicio de alumbrado público.

¹⁰ DRAE . DEFINICIÓN DE POTENCIAL 4. adj. Que puede suceder o existir, en contraposición de lo que existe.

¹¹ 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.

Lo que cuestiona el demandante es que el municipio no fue consecuente con esta fórmula, porque en el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002, cuya nulidad se demanda, decidió acudir a otros presupuestos que vulneran el artículo 338 de la Carta Política porque no permiten identificar los elementos del tributo.

El demandante adujo, en cuanto al sujeto pasivo, que cuando el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 dispuso que eran sujetos pasivos del impuesto "*Las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta*" incurrió en "vaguedad e imprecisión"

Dijo que el vocablo "empresa" era atípico y que, por el contrario, el término "usuario" que se utilizó en el artículo 5 del Acuerdo 101, para los demás contribuyentes, era el adecuado.

Para la Sala, si bien el sujeto pasivo que fijó el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no es determinado, sí es determinable en la medida que no se está refiriendo a cualquier empresa sino a aquellas cuyos *oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta*. La alocución "*cuyos oleoductos*" está referida a los activos que pueden ser de propiedad o administrados por las empresas a que hizo alusión el Acuerdo y, en esa medida, es posible identificar al sujeto pasivo. En consecuencia, para la Sala el municipio demandado no incurrió en vaguedad o imprecisión al fijar el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público.

El demandante aduce que tales empresas pueden ser usuarias del servicio de energía eléctrica y en la condición de usuarias de ese servicio, también lo serían del servicio de alumbrado público y, por ende, responsables de pagar el impuesto. Pero también aduce que pueden no ser usuarias del servicio de energía eléctrica y, en esa medida, tampoco lo serían del servicio de alumbrado público ni del impuesto que recae sobre ese servicio.

La Sala considera que como el artículo 11 del Acuerdo se consagró como norma especial frente a la general del impuesto, se aplicaría de preferencia sobre las otras, con mayor razón si las empresas de que trata esa disposición no son usuarias del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

No obstante, se cuestiona que no existe una relación ínsita con el servicio de alumbrado público cuando se grava con el impuesto a empresas por el sólo hecho de poseer oleoductos que atraviesan la jurisdicción del municipio.

La conexión del impuesto con los lugares donde se desarrollan las actividades económicas, como se comentó, tampoco es ajeno a las fórmulas que se han utilizado para regular el impuesto, pero es claro que se ha supeditado a que en esos lugares también se preste el servicio de energía eléctrica.

Sin embargo, el hecho de que no exista la conexión SPDE-AP no implica que el impuesto vulnere el artículo 338 de la Carta Política, porque esta norma parte de que los municipios gozan de autonomía para fijar los elementos del impuesto dentro de parámetros de razonabilidad, proporcionalidad y, por ende, de equidad. Para la Sala, es razonable que todo usuario potencial del servicio de alumbrado público sea sujeto del impuesto. Y, es usuario potencial 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.

El aspecto espacial del hecho generador está determinado por la jurisdicción del municipio donde se presta el servicio a la colectividad residente, porque los demás serían receptores ocasionales.

Para el caso de la norma demandada debe entenderse que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 está referido a las empresas cuyos oleoductos atraviesan la jurisdicción del Municipio de San José de Cúcuta pero que, además, residen en esa localidad. En este entendido, la norma no vulnera el artículo 338 de la Carta Política.

El aspecto temporal del impuesto, esto es, la causación, es consustancial a la prestación del servicio en los horarios que el municipio tiene dispuesto para el efecto pero no está sujeto o ligado al momento preciso en que se presta y recibe el servicio, porque la percepción del servicio es eventual e incluso temporal. En ese orden de ideas es pertinente colegir que el impuesto de alumbrado público es

un impuesto instantáneo pero el municipio puede establecer la periodicidad para su pago.

El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no estableció expresamente la causación, porque ésta se deriva del hecho generador y del objeto imponible, pero sí determinó una periodicidad¹² y, por tanto, no se evidencia vulneración del artículo 338 de la Constitución.

Ahora bien, respecto del aspecto cuantitativo, la determinación de los costos reales del servicio y la redistribución entre los potenciales usuarios, en la práctica no es uniforme, dadas las dificultades que conlleva esa tarea por las particulares condiciones de las entidades territoriales. Por eso, mediante el Decreto 2424 de 2006, por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público, el Gobierno nacional dispuso que le corresponde a la CREG establecer una metodología para la determinación de “*los costos máximos*” que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público.¹³

De ahí que la CREG, en reiterada doctrina¹⁴, recuerde que “*los municipios no pueden recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio, incluida la expansión y el mantenimiento*”, límite que fijó el parágrafo 2 del artículo 9 de la Resolución CREG 043 de 1995.¹⁵

¹² Pago mensual.

¹³ **Artículo 10.** *Metodología para la determinación de Costos Máximos.* Con base en lo dispuesto en los Literales c) y e) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá una metodología para la determinación de los costos máximos que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público.

Parágrafo. Para el suministro de energía con destino al alumbrado público se podrá adoptar por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG un régimen de libertad de precios o libertad regulada, de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 142 de 1994, y demás normas que la modifiquen, adicionen o complementen.

¹⁴ Ver entre otros, el concepto MMECREG-0650 del 21 de febrero de 2001 y el concepto MMECREG-065 del 16 de enero de 1997.

¹⁵ “Artículo 9º. Mecanismo de recaudo. El municipio es responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio. Este podrá celebrar convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los usuarios, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras.

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

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

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

El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no fijó una base gravable ni una tarifa, sino que reguló un impuesto fijo tasado en 160 salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante que no se suministró una explicación técnica que fundamente la cuantía, tampoco el demandante suministró argumentos para considerar que esa tarifa no consultaba la capacidad económica de los sujetos pasivos a los que se les impuso la medida. En consecuencia, no encuentra la Sala motivos para derivar una nulidad por violación al artículo 338 o al numeral 4 del artículo 313 de la Constitución Política.

2. De la violación del artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 (Código de Petróleos) y del artículo 27 de la Ley 141 de 1994.

El artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 **Código de Petróleos** dispone lo siguiente:

“Artículo 16.. La exploración y explotación del petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesiten para su beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos, quedan exentos de toda clase de impuestos departamentales y municipales, directos o indirectos, lo mismo que del impuesto fluvial. (...)

El artículo 27 de la Ley 141 de 1994 a su vez dispuso:

“Artículo 27.- Prohibición a las entidades territoriales. Salvo las previsiones contenidas en las normas legales vigentes, las entidades territoriales no podrán establecer ningún tipo de gravamen a la explotación de los recursos naturales no renovables.”

Mediante demandas formuladas ante la Corte Constitucional, se solicitó la inexecutable de las normas transcritas, porque se consideró que violaban la Constitución en los artículos 1, 287, 294 y 362 y los artículos 287 num. 3o., 294, 298, 300, 313 y 362, respectivamente, en cuanto limitaban la autonomía fiscal de los municipios. Además, porque el artículo 294 de la Constitución prohibió que la ley decretara exenciones o tratamientos privilegiados a los tributos de los entes territoriales.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-537 de 1998 declaró exequible el artículo 16 del Código de Petróleos y, mediante sentencia C-567 de 1995, declaró exequible el artículo 27 de la Ley 141 de 1994.

En la sentencia C-537 de 1998, la Corte precisó que el artículo 16 reguló una exención respecto de varias actividades.

Respecto de la exención relacionada con la exploración del petróleo y sus derivados, la Corte se remitió a lo que dijo en la sentencia C-567 de 1995¹⁶. La Corte manifestó que *"(...) cuando analizó el artículo 27, lo hizo dentro del marco de la protección legal de la explotación de los recursos naturales no renovables del Estado, ante la capacidad impositiva de las entidades territoriales. Y dijo, concretamente, sobre este artículo 27, lo siguiente:*

"Artículo 27:

"La prohibición emanada de la ley, dirigida a las entidades territoriales para establecer gravámenes sobre la explotación de recursos naturales, es un claro desarrollo de las disposiciones constitucionales referidas a la facultad de los entes locales para imponer impuestos (artículos 287, 300 num. 4o. y 313 num. 4), pero siempre en los marcos establecidos por la ley. A ello se añade que no es compatible la institución de las regalías con impuestos específicos." (sentencia C-567 de 1995, M.P., doctor Fabio Morón Díaz) (se subraya)"

También dijo la Corte *"(...) que la exención consagrada en el artículo 16 del Código de Petróleos para la "exploración y explotación del petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados", es semejante a la prohibición hecha a las entidades territoriales, para establecer gravámenes, en relación con la explotación de los recursos naturales, establecida en el artículo 27, pues el petróleo y sus derivados, son recursos naturales no renovables. En consecuencia, las explicaciones expresadas en la sentencia C-587, sobre la incompatibilidad para el cobro simultáneo de regalías e impuestos, son las mismas que ahora se tienen para apoyar la exequibilidad del artículo 16, en relación con la exención en la explotación de hidrocarburos."*

¹⁶ En esta sentencia la Corte también aclaró que "El Estado es la entidad constitucional titular del derecho a las regalías por la explotación de recursos naturales no renovables y beneficiaria del pago de las regalías derivadas de aquélla y que las regalías así obtenidas son parte del patrimonio del Estado como único propietario del subsuelo. El Constituyente dio plenos poderes al legislador para regular el régimen de las regalías, no como derechos adquiridos, ni como bienes o rentas de las mencionadas entidades del orden territorial, sino como derechos de participación económica en una actividad que se refiere a bienes de propiedad del Estado.

Sobre la incompatibilidad entre la generación de regalías y la de establecer impuestos, la Corte destacó que en la sentencia C-221 del 29 de abril de 1997 analizó el asunto, así:

"La incompatibilidad entre los impuestos y las regalías.

"(...)

*"Con todo, este argumento histórico adquiere mayor relevancia por cuanto coincide con los principios generales de la estructura estatal definida en la Carta en materia de regalías, ya que un análisis detenido de esta regulación muestra que existe una incompatibilidad estructural entre el deber constitucional de imponer **regalías y la definición legal de la explotación de un recurso natural como hecho impositivo**. En efecto, de acuerdo con lo expuesto, el artículo 360 de la Constitución establece que la regalía es una carga de imperiosa imposición. **Por consiguiente, la consagración de un impuesto que grave la explotación de un recurso natural no renovable estaría sustrayendo ingresos del Estado cuya destinación está determinada por la propia Constitución (C.P. arts 360 y 361). En estas circunstancias, los ingresos que provienen de las regalías se destinan única y exclusivamente a compensar el agotamiento del capital natural que produce la explotación de recursos naturales que no se renuevan.***

"(...)

" la Corte no puede admitir que los impuestos coexistan con las regalías, ya que no existen criterios prácticos que permitan ejercer un control constitucional adecuado a fin de evitar que los impuestos sobre la explotación de los recursos no renovables terminen desfigurando un régimen como el de las regalías, que no es sólo de obligatorio cumplimiento sino que, además, sus contornos esenciales fueron ya definidos por el propio Constituyente. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta que la Constitución le impone el deber de proteger el régimen constitucional de las regalías (CP arts 241, 360 y 361), la Corte no podía sino concluir que la Carta prohíbe que la ley defina como hecho gravable la explotación de un recurso no renovable.

"21- Por todo lo anterior, la Corte concluye que la constitucionalización de las regalías, y el particular régimen que las regula (CP arts 360 y 361), implica el establecimiento de una prohibición a los impuestos sobre la explotación de tales recursos. La Corte precisa que lo anterior no significa que la ley no pueda imponer ningún gravamen sobre ninguna actividad relacionada con los recursos no renovables, pues la regla general sigue siendo la amplia libertad del Legislador en materia tributaria, por lo cual bien puede el Congreso definir como hechos impositivos otras actividades económicas relacionadas con tales recursos, como su transporte, su exportación, etc. Lo que no puede la ley es establecer como hecho gravable el tipo de explotación que, por mandato de la Carta, se encuentra obligatoriamente sujeto al

régimen especial de pago de regalías. La Corte considera entonces que las regalías y los impuestos sobre recursos no renovables son compatibles, siempre y cuando el impuesto no recaiga sobre la explotación misma, la cual se encuentra exclusivamente sujeta al régimen de regalías. (sentencia C-221 de 1997, M.P., doctor Alejandro Martínez Caballero). (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, -dijo la Corte- *“de conformidad con lo expuesto, existe una incompatibilidad entre el deber constitucional consagrado en el artículo 360, sobre la obligación de imponer una contraprestación económica, a título de regalía, causada por la explotación de un recurso natural, y el establecimiento de un impuesto, pues, como dice la sentencia, “la consagración de un impuesto que grave la explotación de un recurso natural no renovable estaría sustrayendo ingresos del Estado cuya destinación está determinada por la propia Constitución” (artículos 360 y 361 de la C.P.)*

También precisó que *“(…) la exención establecida en el artículo 16 demandado, para la explotación del petróleo y sus derivados, **no afecta a los municipios en el cobro de los impuestos de industria y comercio, impuestos en los que la materia imponible corresponde a todas las actividades comerciales, industriales y de servicio, que se cumplan en las respectivas jurisdicciones municipales.**”* (Negrilla fuera de texto)

En cuanto a la exención por la actividad de transporte de petróleo y la exención por los bienes necesarios para la construcción y conservación de refinerías, la Corte dijo que, para establecer si es posible que el legislador invada el ámbito de las entidades territoriales al decretar estas exenciones, en violación del artículo 294 de la Constitución, en primer lugar hay que establecer quién es el titular del impuesto respecto del que se decreta la exención.

Con ese parámetro, en la sentencia, la Corte analizó el origen de la exención para las actividades que previó el artículo 16 del Código de Petróleos. Dijo que esa regulación la hizo el legislador con fundamento en la facultad que la Constitución le otorgó y que, en consecuencia, así como el legislador reguló la exención, también podía regular la prohibición. En ese contexto, concluyó la Corte que *“(…) la prohibición a los entes territoriales de gravar las actividades señaladas en el precepto demandado, corresponde a una atribución del legislador, por lo que no resulta inconstitucional. Cabe señalar que esta facultad lleva implícita, también, la posibilidad de levantar o introducirle modificaciones a esta prohibición, si, de acuerdo con las circunstancias de la política económica del país así lo requiere.”*¹⁷

¹⁷ En la sentencia C-567 de 1995 la Corte precisó lo siguiente:

La Corte complementó el estudio de la norma y precisó que *“De acuerdo con el análisis hecho hasta ahora, existe el principio de que si sobre la explotación se causan regalías, no es posible imponer otros gravámenes, por parte de las entidades territoriales. Pero, en relación con las materias en las que recae esta exención: la maquinaria y demás elementos que se necesitaren para el beneficio del petróleo y sus derivados y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos, la explicación es distinta, si se analiza sobre qué clase de impuestos recaería el recaudo. En primer lugar, la exención no se está inmiscuyendo en los tributos propios de los municipios, como los que se generan con los inmuebles en donde se desarrollen las actividades antes descritas, pues dichos inmuebles son objeto de los impuestos y contribuciones correspondientes, tales como predial, de valorización y demás, que se establezcan sobre ellos. En relación con la maquinaria, los impuestos que puedan causarse serían de índole diferente a los municipales o departamentales, pues corresponderían a los arancelarios. Y el impuesto a industria y comercio, ya se explicó puede ser exigido con las limitaciones contenidas en la ley. Entonces, no se observa sobre qué objeto recaería la exención prevista en el artículo demandado.”*

Conforme con la doctrina judicial citada, la Sala considera que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos ni el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 por las siguientes razones:

“En este sentido, no cabe duda de que es al legislador al que le corresponde determinar las condiciones y porcentajes de dicha cesión según se advierte en algunos apartados del artículo 360 de la Carta Política; además, de conformidad con el artículo 228 de la Constitución el Congreso de la República por virtud de lo dispuesto en la ley, bien puede delimitar el alcance de la autonomía de las entidades territoriales y precisar sus contenidos cuando se trate de regular la materia de los recursos que cede por concepto de regalías.

(...)

Bajo estas consideraciones, en ningún evento puede considerarse que las regalías sean tributos departamentales o municipales, ni rentas o bienes de propiedad exclusiva de las entidades territoriales en los términos de los dos incisos del artículo 362 de la Carta Política, lo cual impediría cualquier regulación legal acerca de su administración autónoma y condenaría inexorablemente a la inconstitucionalidad de la disposición normativa correspondiente y a buena parte de la acusada en el presente asunto.

(...)

En este sentido se observa que en el artículo 361 de la Carta el Constituyente dio plenos poderes al legislador para regular el régimen de las regalías, no como derechos adquiridos, ni como bienes o rentas de las mencionadas entidades del orden territorial, sino como derechos de participación económica en una actividad que se refiere a bienes de propiedad del Estado, al señalar que con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados por la ley a los departamentos y municipios se creará el Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley, para los fines y objetivos previstos en el citado artículo 361 de la Carta Política.

- El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 regula el impuesto de alumbrado público y el artículo 16 del Código de Petróleos regula la exención a las actividades y bienes taxativamente enlistados en esa norma.
- La explotación de recursos naturales no renovables está sometida a una compensación a título de regalía. El artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no pretende gravar la explotación de recursos naturales no renovables. El impuesto de alumbrado público tiene como objeto imponible el servicio de alumbrado público y como hecho generador, el hecho de ser usuario potencial del servicio. En esa medida, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 no vulnera el artículo 16 del Código de Petróleos, pues, no grava la explotación de recursos naturales no renovables ni afecta el ingreso que percibe el Estado por concepto de regalías¹⁸
- La exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos, como lo precisó la Corte, tiene como fin esclarecer que sobre la explotación de recursos naturales no renovables se causan regalías cuyo beneficiario es el Estado por ser el propietario del subsuelo. Por eso, las entidades territoriales no pueden imponer otros gravámenes sobre esa actividad, sin perjuicio de la participación que la Constitución previó a favor de las entidades territoriales sobre parte de las regalías.
- Así mismo, respecto de las otras actividades, como también lo precisó la Corte, la exención prevista en el artículo 16 del Código de Petróleos y la prohibición establecida en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 no se inmiscuye en los tributos propios de los municipios y, por eso, la regulación de impuestos sobre la propiedad de las empresas que ejecutan la actividad de explotación no vulneran ni la exención ni la prohibición. Ni siquiera, con las limitaciones que ha impuesto la ley, el impuesto de industria y comercio que grava la actividad de comercio como tal, vulnera la exención y la prohibición.
- En consecuencia, el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002, que gravó con el impuesto de alumbrado público a las empresas cuyos oleoductos

¹⁸ En la sentencia C-567 de 1995 se precisó que "Por regalía se ha entendido una contraprestación económica determinada a través de un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables¹ .

atraviesan la jurisdicción territorial del municipio de San José de Cúcuta, tampoco vulneran el artículo 16 del Código de Petróleos y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, porque el referente a los oleoductos no tiene como fin gravar el transporte de petróleo sino hacer determinable el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, que, se reitera, no grava ninguna de las actividades o bienes a que se refiere el artículo 16 del Código de Petróleos y ni la actividad de explotación de recursos naturales no renovables a que se refiere el artículo 27 de la Ley 141 de 1994.

En ese orden de ideas, el cargo por violación a estas normas, tampoco prospera.

En consecuencia, la Sala revocará el numeral segundo del fallo apelado y, en lo demás, lo confirmará.

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 el numeral segundo del fallo apelado.

En su lugar, **DECLÁRASE** ajustado a la Constitución y a la Ley el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 proferido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, en el entendido que grava con el impuesto de alumbrado público a las empresas cuyos oleoductos atraviesen predios situados en la jurisdicción rural o urbana del Municipio de San José de Cúcuta, que se encuentren establecidas en dicha jurisdicción y siempre y cuando el Municipio no les liquide el impuesto en calidad de “usuarios” al tenor del artículo quinto del Acuerdo 101 de 2002.¹⁹

En lo demás, **CONFIRMASE** la sentencia apelada.

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

¹⁹ “**ARTÍCULO QUINTO. SUJETO PASIVO.** Serán todos los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio de San José de Cúcuta” folio 12 del cuaderno principal.

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