

ENTES TERRITORIALES – Pueden establecer los elementos de la obligación tributaria / POTESTAD IMPOSITIVA DE LOS ENTES TERRITORIALES – No es deriva sino directa / IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Autorización legal. Los municipios están autorizados para adoptar este impuesto en su jurisdicción y determinar sus elementos esenciales

Según 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 disposición 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 normas 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”. Según 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. En virtud de la normativa citada los municipios están autorizados para adoptar este impuesto en su jurisdicción y determinar sus elementos esenciales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338 / LEY 84 DE 1915

NOTA DE RELATORIA: Sobre la facultad impositiva se reitera sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 9 de julio de 2009, Rad. 16544, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 2 DEL ARTICULO 3 (No anulado) / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 3 DEL ARTICULO 3 (Anulado) / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 4 DEL ARTICULO 3 / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 5 DEL ARTICULO 3 / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 5

IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – El municipio de Mutatá tenía atribuciones legales para adoptarlo en su jurisdicción / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PUBLICO – Concepto. El legislador estableció el hecho generador / USUARIO POTENCIAL – Es el hecho generador del impuesto de alumbrado público / POSESION O TENENCIA DE PREDIOS – No puede ser el hecho generador del impuesto de alumbrado ya que puede incurrir en doble tributación

El legislador autorizó a los municipios para crear el impuesto de alumbrado público en cada jurisdicción y los facultó para determinar los elementos del tributo, por lo

que la Sala considera que el Concejo del Municipio de Mutatá tenía atribuciones legales para adoptar en su jurisdicción el impuesto de alumbrado público y determinar los elementos esenciales del mismo. En cuanto a la afirmación del demandante según la cual la autoridad fijó “los hechos generadores sin que los mismos guarden relación con el servicio que se presta; establece estratificaciones para algunos sectores y tarifas fijas para otros contribuyentes; unas basadas en el consumo de energía mes, mediante un porcentaje a pagar, y otras basadas en la actividad económica desarrollada, en las que se cobra por salarios mínimos legales mensuales, que resulta discriminatorias e ilegales (servicio de telefonía local y de larga distancia, producción de señal de televisión por cable, distribución y comercialización de agua potable, lotes urbanizables no urbanizados, etc”, se advierte lo siguiente: El Acuerdo acusado establece que el hecho generador del tributo es el disfrute efectivo o potencial del servicio de Alumbrado Público, la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de MUTATÁ, el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica o el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo”. Sobre este elemento, es preciso insistir en que 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 en la Resolución 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006. La Sala precisó que el hecho generador o elemento revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, tratándose del impuesto de alumbrado público lo “es el ser usuario potencial receptor de ese servicio”. Según el criterio expuesto en la anterior providencia, el hecho generador del impuesto es el ser usuario potencial del servicio de alumbrado público, el cual coincide con la parte inicial de la definición contenida en el numeral 3° del Artículo Tercero del Acuerdo 16 de 2006 acusado, por lo que se entiende ajustado a la legalidad. Las hipótesis contenidas en el mismo numeral, relacionadas con “el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica” y “el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo”, según lo sostuvo esta Sala en providencia anterior “representan formas concretas de uso potencial del servicio de alumbrado público”, por lo que se sigue ese criterio y en consecuencia se entienden ajustadas a la legalidad. Por su parte, la expresión “la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de Mutatá” contenida en la definición que trae el acto acusado se declarará nula, pues es ajena a este elemento esencial. La posesión o tenencia de inmuebles como expresión de la explotación de un bien, está prevista en la legislación como la manifestación del hecho imponible propio del impuesto predial, de carácter real, pues “es independiente de las condiciones personales de los contribuyentes”. Así, al señalarlo el acto como hecho gravado con el impuesto de alumbrado público bien podría implicar doble tributación, sin perjuicio de que, por ejemplo, la estratificación del bien inmueble pueda servir como referente para efectos de determinar o graduar tarifas, pero no como hecho generador del tributo.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 2 DEL ARTICULO 3 (No anulado) / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 3 DEL ARTICULO 3 (Anulado) / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 4 DEL ARTICULO 3 / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – NUMERAL 5 DEL ARTICULO 3 / ACUERDO 16 DE 2006 (5 de diciembre) CONCEJO DE MUTATÁ – PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 5

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00498-01(18629)

Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.

Demandado: MUNICIPIO DE MUTATA

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto, por la parte demandada, contra la sentencia del 10 de agosto de 2010 del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual resolvió:

“PRIMERO: Declárese (sic) no probada la excepción de inepta demanda formulada por el municipio de Mutatá, Antioquia.

SEGUNDO: Declárese (sic) la nulidad de los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo tercero, así como también del párrafo del artículo quinto del Acuerdo N°16 del 5 de diciembre de 2006 ‘Por medio del cual se regula de manera general la prestación y atención del servicio de alumbrado público en el municipio de Mutatá, se fijan los elementos del impuesto para el mismo y se definen los criterios para establecer los valores a aplicar y se confieren unas autorizaciones *pro tempore*’, expedido por el concejo municipal de Mutatá, Antioquia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia”.

ANTECEDENTES

El Concejo del Municipio de Mutatá, Antioquia, con fundamento en los artículos 313, numeral 1°, de la Constitución Política, 2° del Decreto 1333 de 1986, 32, párrafo 2°, de la Ley 136 de 1994 y la Ley 488 de 1998, profirió el **Acuerdo N°16 del 5 de diciembre de 2006**.

LA DEMANDA

La actora, por intermedio de apoderada, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicitó la nulidad parcial del Acuerdo anterior, específicamente, de los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del ARTÍCULO TERCERO y de las actividades económicas, que a continuación se enlistan, contenidas en el ARTÍCULO QUINTO:

- **“Distribución y/o almacenamiento y/o comercialización de Gas Licuado de Petróleo –GLP-, del nivel regional y/o**

nacional. No se gravarán en este rango los pequeños distribuidores del orden estrictamente municipal”.

- **“Servicio de telefonía local y/o larga distancia fija. - por redes o inalámbrica-.”**
- **“Producción y/o distribución y/o comercialización de señal de televisión abierta o de radio (sic).”**
- **“Servicio de telefonía móvil - recepción y/o retransmisión y/o enlaces-.”**
- **“Tratamiento y/o comercialización y/o distribución de agua potable – servicio domiciliario – a través empresa regulada y vigilada por Súper Intendencia (sic) de Servicios Públicos Domiciliarios”.**
- **“Distribución y/o comercialización de gas natural – domiciliario por redes y/o vehicular-.”**
- **“Transmisión y/o distribución y/o comercialización de energía eléctrica”.**

Invocó como normas infringidas los artículos 150 (num. 12), 287 (num. 3), 300 (num. 4), 313 (num. 4), 338 y 363 de la Constitución Política y 32 (num. 7) de la Ley 136 de 1994. Desarrolló el concepto de violación, en síntesis, así:

El Concejo municipal adoptó el impuesto de alumbrado público sin tener facultad para ello. La competencia impositiva de los entes territoriales está sometida a la Constitución y a la ley, pues carecen de “soberanía” tributaria.

El servicio de alumbrado público está definido en la Resolución 43 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). La prestación del mismo fue regulada en el Decreto Reglamentario 2424 de 2006 del Ministerio de Minas y Energía, y es responsabilidad de los municipios suministrarlo de manera directa o por intermedio de empresas distribuidoras o comercializadoras de energía.

Indicó casos en los que se discutió la legalidad de Acuerdos municipales que regulaban este impuesto en los que fueron anuladas las normas acusadas al establecer que la autoridad territorial correspondiente excedió las facultades impositivas¹.

De otra parte, sostuvo que si bien la Ley 136 de 1994 concede a los concejos municipales la atribución de establecer, reformar o eliminar tributos, las condiciona a que deben ejercerlas ajustados a la ley. En el punto citó apartes de la sentencia del 14 de diciembre de 2008, según los cuales la facultad impositiva de las entidades territoriales es derivada.

Señaló que el régimen tributario interno está sometido a los principios constitucionales de irretroactividad, justicia, equidad, generalidad y legalidad; que

¹ Sentencias de 11 de septiembre de 2006, Exp.15344 [Nulidad (parcial) del Acuerdo 038/01 del Concejo de Puerto Nare]; del 17 de julio de 2008, Exp.16170 [Nulidad (parcial) del Acuerdo 24/05 del Concejo de Saravena]; y del 4 de septiembre de 2008, Exp.16850 [Nulidad del Acuerdo 32/04 del Concejo de Calima El Darién], todas con ponencia de la Dra. Ligia López Díaz.

compete al legislador establecer los tributos y, por excepción, a los entes territoriales pero condicionados a que debe ser de conformidad con la ley.

Argumentó que ni la autonomía en la gestión de sus propios intereses ni el ejercicio de las competencias asignadas se desligan de una ley que les dé sustento y que, por el contrario, es una exigencia constitucional que esas atribuciones se realicen, a nivel territorial, con arreglo a la ley.

Concluyó que “sin que exista norma superior que le dé pautas para fijar los elementos del tributo”, el Concejo Municipal de Mutatá reguló el impuesto de alumbrado público y fijó “los hechos generadores sin que los mismos guarden relación con el servicio que se presta; establece estratificaciones para algunos sectores y tarifas fijas para otros contribuyentes; unas basadas en el consumo de energía mes, mediante un porcentaje a pagar, y otras basadas en la actividad económica desarrollada, en las que se cobra por salarios mínimos legales mensuales, que resultan discriminatorias e ilegales (servicio de telefonía local y de larga distancia, producción de señal de televisión por cable, distribución y comercialización de agua potable, lotes urbanizables no urbanizados, etc.)”.

LA CONTESTACIÓN

El Municipio de Mutatá, por intermedio de apoderada, dio respuesta a la demanda, la cual tildó de confusa e “incoherente” porque en ella no se precisó cuál es el vicio o la supuesta causal de nulidad que se aduce.

Propuso la excepción de “ineptitud de demanda” sustentada en que la parte actora se limitó a hacer un “rastreo jurisprudencial”, pero, frente al caso concreto, no explicó cuál es el concepto de violación de las normas que invocó infringidas, por lo que, en su criterio, no cumple las exigencias del artículo 137 numerales 3 y 4 del Código Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia encontró *no probada la excepción de inepta demanda*, propuesta por el municipio demandado, al considerar que del contexto es posible establecer el alcance de la impugnación; además, declaró la nulidad de “los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo tercero, así como también del parágrafo del artículo quinto del Acuerdo N°16 del 5 de diciembre de 2006 ...”.

Apoyó esta decisión en la sentencia del 17 de julio de 2008, expediente 16170², según la cual, tratándose del impuesto de alumbrado público, “es evidente que hay una indeterminación del hecho generador que no es superable, aún siguiendo las reglas de interpretación admisibles en derecho”; y que esta circunstancia daba lugar a que fueran los concejos municipales o distritales los que creaban el objeto del tributo y los hechos económicos reveladores de capacidad contributiva, situación que estaba en contravía de los principios generales del derecho tributario, según los cuales la autonomía fiscal de las entidades locales no es plena sino limitada y derivada de la Constitución y la ley.

Concluyó el *a quo* que el Acuerdo acusado señala los elementos del tributo y define los criterios para establecer los valores a aplicar, por lo que estimó que la Administración municipal “está estableciendo, por primera vez, la materia imponible del impuesto, sin que esté previamente señalada en la ley o pueda deducirse de ella”.

² C.P. Dra. Ligia López Díaz.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Alcaldesa de Mutatá, por intermedio de apoderado, interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y, en su lugar, se declaren ajustadas a la ley las normas acusadas. Sustentó el recurso, en síntesis, en lo siguiente:

En la sentencia citada por el *a quo*, esta Corporación realizó una “interpretación demasiado amplia” pues si bien la autonomía de las entidades del nivel territorial está limitada por la Constitución y la ley, el legislador de 1913 y 1915 permitió esa libertad de creación del impuesto sobre el servicio de alumbrado público.

En ocasiones el legislador determina los elementos del impuesto directamente en la ley, específicamente el hecho generador, sin embargo, en otras, como en las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 otorga esa facultad a las Corporaciones de elección popular.

En virtud de tales disposiciones, las autoridades territoriales tienen libertad para gravar “la propiedad inmueble (...) las cosas, los bienes, las acciones, las actividades o los derechos a los que se les impone el gravamen”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación solicitó que se confirme la sentencia apelada, por la ilegalidad de las normas demandadas, toda vez que exceden las facultades otorgadas por la Ley 97 de 1913.

Señaló que la jurisprudencia en que se apoyó el *a quo* fue modificada y que la vigente plantea que la indefinición del tributo en la ley no impide que la autoridad territorial determine los elementos del mismo, mediante acto administrativo.

Dijo reconocer en los concejos municipales la facultad de establecer los elementos del impuesto de alumbrado público, creado por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, pues aunque no fijó todos los elementos, el legislador los autorizó para que los determinaran.

Indicó que el servicio de alumbrado público está definido en la Resolución 043 de 1995 de la CREG y como impuesto debe reunir las características señaladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-708 de 2001.

Frente al caso concreto, resaltó que el Concejo de Mutatá, para determinar el hecho generador del impuesto de alumbrado público, tomó diferentes condiciones y actividades de los contribuyentes, como son: el disfrute efectivo o potencial del servicio, la propiedad o tenencia de un bien, el carácter de usuario del servicio y el desarrollo de determinadas actividades económicas.

De las normas demandadas observó que “1) no todos los sujetos pasivos son idóneos para ser contribuyentes del gravamen; 2) los hechos generadores se dividen, y abarcan situaciones que no están gravadas por el impuesto; a pesar de que se menciona que el hecho generador se relaciona con el servicio de energía eléctrica, la vinculación con el sujeto pasivo se realiza solamente con fundamento en la relación con los bienes inmuebles; 3) para las tarifas no se discrimina un criterio, porque en todas las actividades de manera indirecta intervienen la prestación del servicio de energía o consumen energía, factores entre los cuales,

el consumo, es el único que puede ser aceptado como parámetro y referencia para fijar las tarifas del impuesto”.

Manifestó que el hecho generador, previsto en la ley, es el alumbrado público y lo realiza quien recibe o se beneficia de la iluminación pública por lo que, en principio, los sujetos pasivos serían todos los habitantes de ese municipio.

Por esta razón advirtió que, en todo caso, el hecho generador que se determine debe ser inherente al beneficio del servicio público y no a la “realización” de diferentes actividades.

En cuanto a la base gravable precisó que debe estar intrínsecamente relacionada con el hecho gravado, esto es, con el alumbrado público y que debe ser equivalente o proporcionada al mismo.

En lo que hace a la tarifa expresó que es evidente la ilegalidad del artículo 5° al autorizar al ejecutivo para establecer los valores correspondientes, función propia del Concejo Municipal, según el artículo 338 superior.

Destacó la falta de técnica para definir la base gravable de los sectores comercial e industrial al utilizar como parámetro “actividades” que son gravadas con el impuesto de industria y comercio; otras que son exentas de todo tributo como las relacionadas con la industria del petróleo; o que no guardan relación con el servicio de alumbrado público como las de producción, distribución, comercialización de la señal de televisión, servicio domiciliario de telefonía telefónica móvil y el tratamiento, distribución, comercialización de agua potable; u otras que la jurisprudencia ha considerado de carácter industrial como la transmisión, distribución, comercialización de energía; o comerciales como las demás actividades complementarias.

Sostuvo que de lo dispuesto en la Ley 97 de 1913 no se desprende que la voluntad del legislador para calcular la capacidad contributiva de los sujetos pasivos sea la de tener en cuenta el desarrollo de determinadas actividades como las señaladas en el Acuerdo, las cuales son contrarias a la generalidad que se predica del impuesto; y que resulta discriminatorio fijar tarifa especial dentro de los sectores comercial, industrial, oficial y especial en el que se ubican las actividades económicas o de servicios señaladas.

Anotó que aplicar la tarifa a la propiedad o tenencia de inmuebles y a actividades específicas desarrolladas en el municipio es imponer un cobro adicional a los impuestos predial y de industria y comercio con los que ya estaban gravados; e insistió en que éstos son hechos ajenos al servicio de alumbrado público.

Concluyó que los hechos generadores y las bases gravables determinadas en las normas acusadas no sirven de sustento para medir la capacidad contributiva de los sujetos pasivos porque violan los principios de unidad económica, equidad y legalidad, y no corresponden a un criterio general, tratándose de un impuesto.

La demandante y el municipio demandado guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demandante controvierte la legalidad de los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del ARTÍCULO TERCERO y de las actividades económicas, que se resaltan, contenidas

en el Parágrafo 1 del ARTÍCULO QUINTO del Acuerdo 16 del 2006 del Concejo de Mutatá, cuyo texto dispone:

ARTÍCULO TERCERO. Los elementos de la contribución son los siguientes:

1° SUJETO ACTIVO ...

2° SUJETO PASIVO. Sujetos pasivos. Los sujetos pasivos de este tributo serán todas las personas naturales o jurídicas que sean propietarias, poseedoras, arrendatarias o tenedores a cualquier título, de bienes inmuebles ubicados dentro del perímetro urbano y rural del municipio o que desarrollen dentro del mismo alguna o algunas de las actividades económicas específicas diferenciadas en el presente acuerdo.

3° HECHOS GENERADORES. El hecho generador de este tributo es el disfrute efectivo o potencial del servicio de Alumbrado Público, la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de MUTATÁ, el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica o el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo.

4° BASE GRAVABLE. Se fija como base gravable de esta contribución especial para predios o usuarios del servicio de energía de carácter residencial un porcentaje del consumo de energía eléctrica de acuerdo a la estratificación socio económico del inmueble. Para sectores distintos al residencial, como el comercio, la industria, los servicios y el sector oficial se establece una base gravable especial sobre la categorización del consumo de energía por rangos o la actividad económica específica desarrollada por el contribuyente. Igualmente se establece el tributo para el sector rural y predios urbanos no construidos por el tamaño de los predios.

5° TARIFAS DE LA CONTRIBUCIÓN. Repartición proporcionada del costo mensual de la prestación del servicio de Alumbrado Público entre los sujetos Pasivos, teniendo en cuenta sus características y condiciones socioeconómicas. El valor de la contribución se actualizará anualmente con base en el valor del IPC establecido por el Banco de la República.

ARTÍCULO QUINTO: Autorízase al ejecutivo municipal, por una sola vez y dentro de un plazo máximo de ciento ochenta días hábiles, para que establezca los valores de la contribución especial para el servicio de alumbrado público a aplicar en el municipio.

Parágrafo 1: Al fijar los valores de la contribución el ejecutivo deberá atender a los siguientes parámetros:

- (...).
- El ejecutivo municipal podrá considerar las siguientes Actividades Económicas, como criterios diferenciadores, al momento de

establecer los valores del tributo, de tal forma que se cumpla con la función social del estado de redistribución de ingresos vía tributos:

- (...).
- **Distribución y/o almacenamiento y/o comercialización de Gas Licuado de Petróleo –GLP-, del nivel regional y/o nacional. No se gravarán en este rango los pequeños distribuidores del orden estrictamente municipal.**
- (...).
- **Servicio de telefonía local y/o larga distancia fija. - por redes o inalámbrica-**
- **Producción y/o distribución y/o comercialización de señal de televisión por cable.**
- **Recepción y/o amplificación y/o Transmisión de señal de televisión abierta o de radio.**
- **Servicio de telefonía móvil - recepción y/o retransmisión y/o enlaces-**
- **Tratamiento y/o comercialización y/o distribución de agua potable – servicio domiciliario – a través empresa regulada y vigilada por Súper Intendencia (sic) de Servicios Públicos Domiciliarios.**
- **Distribución y/o comercialización de gas natural – domiciliario por redes y/o vehicular-**
- (...).
- **Transmisión y/o distribución y/o comercialización de energía eléctrica”.**

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que la autoridad territorial no tenía competencia para determinar los elementos del impuesto de alumbrado público.

El municipio demandado apeló la decisión y pidió que se revoque y, en su lugar, que se declare que las normas se ajustan a la legalidad, toda vez que las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 autorizan a los entes territoriales para determinar los elementos del impuesto.

Teniendo en cuenta el marco de la demanda y los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer si el Concejo Municipal de Mutatá tenía facultad para determinar los elementos del impuesto de alumbrado público en esa jurisdicción, por lo que se hará referencia a la legislación que creó o autorizó el impuesto.

1. Facultad impositiva territorial.

Como lo advirtió el Delegado del Ministerio Público, la Sala rectificó la jurisprudencia sobre esta materia en sentencia de 9 de julio de 2009, expediente 16544³, en la que 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:

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 Constitucional⁴ 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

³ Criterio reiterado en las sentencias de 18 de marzo de 2010, Exp. 17438 y de 23 de junio de 2011, Exp. 17526, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

⁴ C-413 de 1996.

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.

(...)

*“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.

Según 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 disposición 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 normas 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 Constitución⁵.

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 público⁶, 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

⁵ En este sentido se aclaró el voto en la sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 17420, C.P. Dr. William Giraldo Giraldo.

⁶ Artículo 1° literal d).

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 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 inexecutableidad- 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.

Según 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.

En virtud de la normativa citada los municipios están autorizados para adoptar este impuesto en su jurisdicción y determinar sus elementos esenciales.

El caso concreto.

El Concejo Municipal de Mutatá, Antioquia profirió el **Acuerdo N°16 del 5 de diciembre de 2006** “Por medio del cual se regula de manera general la prestación y atención del servicio de alumbrado público en el municipio de Mutatá, se fijan los

elementos del impuesto para el mismo y se definen los criterios para establecer los valores a aplicar y se confieren unas autorizaciones *pro tempore*".

La demandante mediante la acción instaurada solicitó la nulidad parcial de este acto, específicamente de los numerales 2 a 5 del ARTÍCULO TERCERO que definen "los sujetos pasivos", "hechos generadores", base gravable y "tarifas de la contribución" y algunas de las actividades económicas que la autoridad tributaria señaló como *criterios diferenciadores* que el ejecutivo municipal podría tener en cuenta al momento de establecer los valores del tributo para el cual le otorgó la autorización *pro tempore* en el ARTÍCULO QUINTO.

En el presente asunto, se destaca que la demandante fundamenta su pretensión de nulidad en la presunta violación de los artículos 150 numeral 12⁷, 287 numeral 3⁸, 300 numeral 4⁹, 313 numeral 4¹⁰, 338¹¹ y 363¹² de la Constitución Política y 32 numeral 7 de la Ley 136 de 1994¹³, normativa que hace referencia a la facultad impositiva de las entidades territoriales, que a juicio de la actora, el Concejo municipal desconoció al determinar los elementos del impuesto de alumbrado público.

Este aspecto quedó dilucidado en el punto anterior, al precisar que el legislador autorizó a los municipios para crear el **impuesto de alumbrado público** en cada jurisdicción y los facultó para determinar los elementos del tributo, por lo que la Sala considera que el Concejo del Municipio de Mutatá tenía atribuciones legales para adoptar en su jurisdicción el impuesto de alumbrado público y determinar los elementos esenciales del mismo.

En cuanto a la afirmación del demandante según la cual la autoridad fijó "los hechos generadores sin que los mismos guarden relación con el servicio que se presta; establece estratificaciones para algunos sectores y tarifas fijas para otros contribuyentes; unas basadas en el consumo de energía mes, mediante un

⁷ C.P. art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 12. Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

⁸ C.P. art. 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: (...) 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

⁹ C.P. art. 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...)4. Decretar, de conformidad con la Ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales.

¹⁰ C.P. art. 313. Corresponde a los concejos: (...) 4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

¹¹ C.P. art. 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.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo

¹² C.P. art. 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.

¹³ Ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios". Art. 32. ATRIBUCIONES. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes. (...) 7. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley.

porcentaje a pagar, y otras basadas en la actividad económica desarrollada, en las que se cobra por salarios mínimos legales mensuales, que resulta discriminatorias e ilegales (servicio de telefonía local y de larga distancia, producción de señal de televisión por cable, distribución y comercialización de agua potable, lotes urbanizables no urbanizados, etc”, se advierte lo siguiente:

El Acuerdo acusado establece que el **hecho generador** del tributo *es el disfrute efectivo o potencial del servicio de Alumbrado Público, la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de MUTATÁ, el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica o el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo*”.

Sobre este elemento, es preciso insistir en que 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 en la Resolución 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006.

La Sala precisó¹⁴ que el **hecho generador** o elemento revelador de la capacidad económica del sujeto pasivo cuya realización produce el nacimiento de la obligación tributaria, tratándose del impuesto de alumbrado público lo **“es el ser usuario potencial¹⁵ receptor de ese servicio”¹⁶**.

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 esa oportunidad, 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.¹⁷

¹⁴ Sentencia del 11 de marzo de 2010, Exp. 16667, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

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

¹⁶ Ib.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencias del 13 de noviembre de 1998, exp. 9124, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo, y del 11 de septiembre de 2006. exp. 15344, M.P. Ligia López Díaz.

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

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

Según el criterio expuesto en la anterior providencia, el hecho generador del impuesto es el ser **usuario potencial** del servicio de alumbrado público, el cual coincide con la parte inicial de la definición contenida en el numeral 3° del Artículo Tercero del Acuerdo 16 de 2006 acusado, por lo que se entiende ajustado a la legalidad.

Las hipótesis contenidas en el mismo numeral, relacionadas con “el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica” y “el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo”, según lo sostuvo esta Sala en providencia anterior “representan formas concretas de uso potencial del servicio de alumbrado público”¹⁸, por lo que se sigue ese criterio y en consecuencia se entienden ajustadas a la legalidad.

Por su parte, la expresión “**la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de Mutatá**” contenida en la definición que trae el acto acusado se declarará nula, pues es ajena a este elemento esencial.

La posesión o tenencia de inmuebles como expresión de la explotación de un bien, está prevista en la legislación como la manifestación del hecho imponible propio del impuesto predial, de carácter real, pues “es independiente de las condiciones personales de los contribuyentes”¹⁹. Así, al señalarlo el acto como hecho gravado con el impuesto de alumbrado público bien podría implicar doble tributación²⁰, sin perjuicio de que, por ejemplo, la estratificación del bien inmueble pueda servir como referente para efectos de determinar o graduar tarifas, pero no como hecho generador del tributo.

Respecto de la restantes afirmaciones del demandante que se entienden relacionadas con la “tarifa”, se observa que en el numeral 5°, de manera general, la autoridad tributaria local dispone cuál es el alcance que deben tener “las tarifas” y en el ARTÍCULO QUINTO señala al ejecutivo local los parámetros que debe tener en cuenta al fijarlas en desarrollo de la autorización que en el mismo le otorga.

Así, no es cierto que en el acto estén definidas las tarifas y menos que establezca “estratificaciones para algunos sectores”, o que señale “tarifas fijas para otros contribuyentes” que estén “basadas en el consumo de energía mes, mediante un

¹⁸ Expresiones similares que la Sala declaró ajustadas a derecho al resolver sobre la legalidad del Acuerdo 013 del 5 de junio del 2007 del Concejo Municipal de Quibdó, Chocó. Sentencia de 10 de marzo de 2010, Exp. 18141. C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

¹⁹ Camacho, Alvaro. Tributos sobre la propiedad raíz. 2ª edición. Legis. 1999, pág. 19.

²⁰ En este sentido la sentencia de 10 de marzo de 2010, Exp. 18141. C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

porcentaje a pagar, y otras basadas en la actividad económica desarrollada, en las que se cobra por salarios mínimos legales mensuales, por lo que no existen razones suficientes para considerar que las “tarifas” resultan discriminatorias e ilegales como lo afirma la actora.

Por las razones expuestas, se revocará el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarará la nulidad de la expresión “la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de Mutatá” contenida en el numeral 3° del Artículo Tercero del Acuerdo demandado y se denegarán las demás súplicas de la demanda.

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

F A L L A :

1. Revócase el ordinal SEGUNDO de la sentencia del 10 de agosto de 2010 del Tribunal Administrativo de Antioquia; y en su lugar:
2. Declárase la nulidad de la expresión “**la posesión o tenencia del predio(s) en el área geográfica del municipio de Mutatá**” contenida en el numeral 3° del Artículo Tercero del Acuerdo N°16 del 5 de diciembre de 2006
3. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

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
Aclara Voto

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

POSESION O TENENCIA DE UN BIEN – No puede ser considerada como el hecho generador del impuesto de alumbrado público. Referente para determinar o graduar las tarifas del impuesto de alumbrado público

Llamo entonces la atención en el hecho de que ser poseedores o tenedores de bienes en determinada jurisdicción territorial también representa una forma concreta de uso potencial del servicio de alumbrado público, pues, a fin de cuentas, los poseedores o tenedores también son usuarios potenciales de ese servicio en la medida en que se benefician de la iluminación de los predios de los que son poseedores o tenedores. En consecuencia, la posesión o propiedad sobre un bien inmueble es un referente pertinente y razonable que se puede tener en cuenta para tazar el impuesto de servicio de alumbrado público. Por lo anterior, también es razonable que el Acuerdo haya regulado que son sujetos pasivos del impuesto las personas propietarias o poseedoras de bienes dentro de la jurisdicción del municipio, pues si tales bienes se benefician del alumbrado que suministra el municipio, el poseedor o propietario debe contribuir para gozar y mantener ese derecho, y para expandirlo a quienes no lo tienen

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Radicación número: 05001-23-31-000-2009-00498-01(18629)

Actor: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.

Demandado: CONCEJO DE MUTATÁ

Sentencia: 26 de enero de 2012

Consejera ponente: Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Con el acostumbrado respeto, aunque comparto la decisión de declarar la nulidad de la expresión ***“la posesión o tenencia del predio (s) en el área geográfica del municipio de Mutatá”***, contenida en el numeral 3º del Artículo Tercero del Acuerdo No. 16 del 5 de diciembre de 2006, considero que la Sala también pudo haber declarado que esa expresión se ajustaba a derecho, pero de manera condicionada, esto es, en el sentido de que se entienda que ***“la posesión o tenencia del predio (s) en el área geográfica del municipio de Mutatá”*** no puede ser considerada como el hecho generador del impuesto de alumbrado

público, pero sí puede ser considerada como un referente que puede servir para efectos de determinar o graduar las tarifas de este impuesto, tal como se afirmó en la sentencia que aclaro.²¹

Fíjese que el numeral 3º del Artículo Tercero del Acuerdo No. 16 del 5 de diciembre de 2006 también dispuso que el hecho generador del impuesto de alumbrado público también era: **“el carácter de usuario del servicio público de energía eléctrica”** y **“el desarrollo de las actividades previstas en este acuerdo”**. Estos dos supuestos de hecho tampoco son generadores del impuesto de alumbrado público, pues tal como lo ha dicho la Sala y lo reiteró la sentencia que ahora aclaro, **“el hecho generador del impuesto es el ser usuario potencial del servicio de alumbrado público”**. Sin embargo, en la sentencia tales expresiones se declararon ajustadas a derecho porque representan formas concretas de uso potencial del servicio de alumbrado público. Llamo entonces la atención en el hecho de que ser poseedores o tenedores de bienes en determinada jurisdicción territorial también representa una forma concreta de uso potencial del servicio de alumbrado público, pues, a fin de cuentas, los poseedores o tenedores también son usuarios potenciales de ese servicio en la medida en que se benefician de la iluminación de los predios de los que son poseedores o tenedores.

También llamo la atención en el hecho de que no son uniformes los argumentos o criterios que se están teniendo en cuenta para declarar la nulidad de expresiones como la que fue declarada nula en la sentencia que ahora aclaro.

En efecto, en la sentencia del 10 de marzo de 2010, que se cita en la sentencia que aclaro, salvé el voto porque la Sala decidió anular parcialmente <<(…)el numeral 3 del artículo tercero del Acuerdo 013 del 5 de junio del 2007, expedido por el Concejo Municipal de Quibdó-Chocó, en el aparte que transcribe *“la propiedad o tenencia de un bien inmueble(s) en el área geográfica del Municipio de Quibdó”*, así como el numeral 2 ibídem, en el aparte que reza *“Todas las personas naturales o jurídicas que sean propietarias o poseedoras a cualquier título, de bienes inmuebles ubicados dentro del perímetro urbano y rural del Municipio de Quibdó”*>>

Al igual que en esta ocasión, en aquella oportunidad pude haber aclarado el voto para decir lo mismo que ahora dejo sentado. Sin embargo, el salvamento de voto que rendí en esa sentencia tuvo como fin manifestar mi discrepancia con los argumentos que expuso la Sala, en esa oportunidad, para declarar la nulidad de la misma expresión.

Concretamente, mi discrepancia radicó en que se dijera que tales expresiones eran nulas **“pues, como tal, las redes físicas que proporcionan el servicio de alumbrado público no llegan a puntos terminales de las viviendas**, sino directamente a “las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentran 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”.

Además, dijo la Sala que *“(…) puede decirse que la generación del impuesto por parte de los usuarios residenciales cabe dentro de los supuestos de “disfrute efectivo o potencial del servicio de alumbrado público” y “usuario del*

²¹ Ver páginas 18 y 19 de la sentencia del 26 de enero de 2012.

servicio público de energía eléctrica(...)”. Pero que el referente a “la propiedad o tenencia de un bien inmueble (s) en el área geográfica del Municipio de Quibdó” debía anularse “por escapar **al objeto imponible del impuesto**”

En esa oportunidad, precisé las siguientes razones que, en últimas, son las que considero que se deben tener en cuenta al momento de analizar normas como la que fue objeto de análisis en la sentencia que ahora aclaro. Por eso, las reitero:

- En la sentencia del 11 de marzo de 2010, proferida dentro del expediente 16667, la Sala precisó que el hecho generador se componía de dos elementos: un elemento objetivo y un elemento subjetivo. Que, a su vez, el elemento objetivo contenía un aspecto material que hacía alusión al propio hecho que el legislador había previsto como generador del impuesto. También se dijo que era necesario distinguir el hecho generador como tal, del objeto imponible, puesto que, el objeto imponible era la cosa tangible o intangible, preexistente a la ley que crea el tributo, sobre la cual puede recaer el hecho generador.
- En ese contexto, la Sala dijo que el objeto imponible del impuesto de servicio de alumbrado público era el servicio de alumbrado público (cosa inmaterial) y el aspecto material del hecho generador del impuesto al servicio de alumbrado público lo constituía *el hecho* de ser usuario potencial receptor de ese servicio, como derecho colectivo.
- Se dijo también, que el hecho de ser usuario potencial receptor del servicio implicaba que el usuario potencial se beneficiaba del servicio de alumbrado público directa o indirectamente. Directamente, por ejemplo, cuando el usuario circulaba como peatón, o en su vehículo por vías iluminadas. E indirectamente, cuando los bienes de los usuarios están ubicados en zonas iluminadas. En ese contexto, si un usuario determinado es propietario o tenedor de un bien y ese bien se beneficia del alumbrado público, el poseedor o el tenedor está disfrutando indirectamente del derecho colectivo al servicio de alumbrado público y, por lo tanto, debe contribuir con el impuesto para que se garantice la prestación de ese servicio para que se expanda.
- En consecuencia, la posesión o propiedad sobre un bien inmueble es un referente pertinente y razonable que se puede tener en cuenta para tasar el impuesto de servicio de alumbrado público.
- Por lo anterior, también es razonable que el Acuerdo haya regulado que son sujetos pasivos del impuesto las personas propietarias o poseedoras de bienes dentro de la jurisdicción del municipio, pues si tales bienes se benefician del alumbrado que suministra el municipio, el poseedor o propietario debe contribuir para gozar y mantener ese derecho, y para expandirlo a quienes no lo tienen.
- En la sentencia de la que me aparto, la Sala también aludió a la sentencia C-036 de 2003 para destacar que la Corte dijo que no se accede al servicio de alumbrado público desde el lugar de domicilio.
- A partir de lo que dijo la Corte, la Sala infirió que si al servicio de alumbrado público no se accede desde el lugar del domicilio, los inmuebles nunca serían los referentes más idóneos para fijar el impuesto.
- Considero que esa conclusión no es pertinente, pues, de ser así, ni siquiera el servicio público “domiciliario” de energía eléctrica sería un referente idóneo para establecer al sujeto pasivo y para tasar el impuesto, puesto que a este servicio, necesariamente, se accede desde el lugar del domicilio. Además, el hecho de que para transmitir la energía, el prestador del servicio público domiciliario de energía eléctrica o de alumbrado público

utilicen las mismas redes físicas tampoco justificaría que tal servicio fuera un referente idóneo, pues en uno u otro caso, los puntos terminales para prestar los respectivos servicios son diferentes y sólo el del servicio domiciliario de energía eléctrica llega a las respectivas viviendas de los usuarios.

- Además, la sentencia C-036 de 2003 simplemente aludió a la conexidad que existe entre los dos servicios, para denegar el cargo de inconstitucionalidad por violación al principio de unidad de materia en la elaboración de leyes. Por tanto, no debió considerarse para decretar la nulidad de la que respetuosamente me aparto.

En los anteriores términos aclaro el voto.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha ut supra