TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de Septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: **70-001-33-33-007-2014-00212-01**
DEMANDANTE: **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE SAMPUÉS – SUCRE**
M. DE CONTROL: **SIMPLE NULIDAD**

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia datada 21 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones[1]:

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., a través de apoderado judicial, pretende:

"***PRIMERA***. *Que se declare la nulidad de los artículos SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SEXTO del Acuerdo 004 de 2008, "Por medio del cual se reglamenta y se recopila en este acto administrativo el servicio integral de Alumbrado público, y se establece la Estructura Tributaria del Gravamen, se derogan unos acuerdos y se dictan otras disposiciones", publicado en La emisora La Asociación de Amigos de la Voz Comunitaria Primavera Stereo del Municipio de Sampués – Sucre, los días 18 y 19 de marzo de 2008. El texto de las normas acusadas se trascriben a continuación:*

[1] Ver folios 2 - 12, del cuaderno de primera instancia.

"ARTÍCULO SEGUNDO: - SUJETO ACTIVO: El servicio de Alumbrado Público es de carácter Municipal, por lo tanto, el Municipio es el Sujeto Activo, titular de los derechos de liquidación recaudo y disposición de los recursos correspondientes, quien podrá celebrar los contratos o convenios que garanticen un eficaz y eficiente recaudo del impuesto, con sujeción a la ley y a lo aquí dispuesto".

"ARTÍCULO TERCERO: - SUJETO PASIVO: Son sujetos pasivos del impuesto del servicio de alumbrado público el contribuyente o responsable. El contribuyente es la persona natural o jurídica, pública o privada y sus asimiladas respecto de quien se asimile o realice el Hecho Generador, mientras que el responsable es la persona que sin tener el carácter de contribuyente responsable ante el fisco Municipal por el cargo del impuesto del servicio de alumbrado público".

"ARTÍCULO CUARTO: - HECHOS GENERADORES: 1. De fijación y cobro del Impuesto lo constituye la prestación del servicio de alumbrado público en el municipio según términos definidos por la Resolución CREG- 043 de 1.995.

2. De pago del impuesto de Alumbrado Público: Lo constituye la propiedad, posesión, tenencia, uso ó usufructo de predio o predios en el área geográfica del municipio de SAMPUÉS- SUCRE o el desarrollo dentro de la misma de alguna o algunas de las actividades económicas específicas definidas en el presente acuerdo.

"ARTÍCULO QUINTO: Establézcanse la Base gravable atendiendo a los siguientes criterios:

- ***SECTOR RESIDENCIAL:***

El monto del impuesto a cargo de los contribuyentes del sector residencial se fijará como un valor fijo según el estrato socio-económico en el cual se halle el predio

- ***SECTOR COMERCIAL E INDUSTRIAL***

El monto del impuesto a cargo de los contribuyentes del sector no residencial se fijará sobre la base del consumo de energía eléctrica y en proporción directa del mismo - antes de contribución- con un tope mínimo a pagar - y/o acuerdo a la Actividad Económica Especifica desarrollada por el contribuyente en el predio, Según los siguientes criterios:

***RANGO 1**: Contribuyentes cuyo consumo de energía está entre 1 y 5.000 kilovatios/hora mes.*

***RANGO 2**: Contribuyentes cuyo consumo de energía está entre 5.001 y 15.000 kilovatios/ hora mes.*

***RANGO 3**: Contribuyentes cuyo consumo de energía sea mayor de 15.001 kilovatios / hora mes.*

***RANGO 4**: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas específicas:*

- *Actividades de apuestas permanentes.*
- *Actividades de servicios de administración de regímenes de salud.*
- *Comercialización de derivados de líquidos de petróleo.*
- *Comercialización de semovientes- equinos, porcinos o vacunos- por el mecanismo de subasta comercial.*

***RANGO 5**: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas específicas:*

- *Servicio de Telefonía local y/o larga distancia fija - por redes o inalámbrica*

***RANGO 6**: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas específicas:*

- *Transmisión y/o transformación de señal de televisión abierta*
- *Servicio de telefonía móvil - comercialización y/o retransmisión y/o enlaces*
- *Distribución y/o comercialización de gas natural por redes*
- *Servicios y/o actividades de control fiscal aduanero*
- *Actividades financieras sujetas a control de la Superintendencia Bancaria*
- *Distribución y comercialización de energía eléctrica*
- *Administración directa por concesión o contrato a través de terceros, ya sean personas naturales, jurídicas o uniones temporales de la infraestructura vial de orden distinto al municipal.*

SECTOR OFICIAL:

***RANGO 1:** Contribuyentes cuyo consumo de energía está entre 1 y 800 Kilovatios/hora mes.*

***RANGO 2:** Contribuyentes cuyo consumo de energía está entre 801 y 2000 Kilovatios/hora mes.*

***RANGO 3:** Contribuyentes cuyo consumo de energía sea mayor de 2001 Kilovatios/hora mes.*

***RANGO 4:** Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de carácter Municipal y los Acueductos Rurales.*

***SECTOR ESPECIAL**: Se consideran en este sector las actividades no enmarcadas específicamente en ninguno de los otros sectores, tales como:*

- *Defensa Civil*
- *Cruz Roja*
- *Bomberos Voluntarios y Hogares infantiles de ICBF o Municipales.*

- *Restaurantes escolares Municipales o de ICBF.*
- *Juntas Administrativas de Acueductos veredales.*
- *Colegios e Instituciones Educativas del orden oficial.*

ARTÍCULO SEXTO.- De acuerdo a la estratificación socioeconómica vigente para el municipio de Sampués de obligatorio cumplimiento para todas las entidades o empresas prestadoras de servicios, fíjese los valores del impuesto para el servicio de alumbrado público en el municipio de Sampués, así:

SECTOR RESIDENCIAL

ESTRATO	***CONTRIBUCIÓN***
ESTRATO 1	*$ 1.900.oo*
ESTRATO 2	*$ 3.650.oo*
ESTRATO 3	*$ 6.300.oo*
ESTRATO 4, 5 Y 6	*$ 12.000.oo*

SECTOR NO RESIDENCIAL

Sector comercial y sector industrial

RANGO	***CONTRIBUCIÓN***
Rango 1	*16% del C.E.E.*
Rango 2	*14% del C.E.E.*
Rango 3	*12% del C.E.E.*
Rango 4	*0.5 SMMLV*
Rango 5	*$ 1.215 por cliente o usuario atendido*
Rango 6	*Tres.seis (3.6) SMMLV*

Contribuyentes Especiales	*$ 13.000*
Servicios Provisionales	*$ 15% del valor calculado por mes para el servicio*

***SEGUNDA**: Que se declare la nulidad de los artículos 118, 119 del Acuerdo 034 de 2012, "Por medio del cual se reforma el Estatuto Tributario del Municipio de Sampués", expedidos por el Consejo Municipal del Municipio de Sampues" publicado en La emisora La Asociación de Amigos de la Voz Comunitaria Primavera Stereo del Municipio de Sampués - Sucre por los días 6 y 7 diciembre de 2012. El texto de las normas acusadas se trascriben a continuación:*

ARTÍCULO 118. Elementos de la obligación tributaria. Son elementos de la obligación tributaria los siguientes:

118.1 SUJETO ACTIVO. El Municipio es el Sujeto Activo, titular de los derechos de liquidación, recaudo, discusión y disposición de los recursos correspondientes, quien podrá celebrar los contratos o convenios que garanticen un eficaz y eficiente recaudo del Impuesto, con sujeción a la ley y a lo aquí dispuesto. El municipio como sujeto activo del impuesto ejercerá

de manera privativa la administración, determinación, control, discusión, recaudo, devolución y cobro.

118.2 SUJETO PASIVO. Los sujetos pasivos de este tributo serán todas las personas naturales o jurídicas sobre quienes recaiga el hecho generador de la obligación tributaria aquí establecida, esto es, quienes sean usuarios, suscriptores o consumidores, auto consumidores, auto generadores, o cogeneradores de energía eléctrica en el área geográfica de! municipio.

118.3 HECHO GENERADOR. El hecho que genera la obligación de pago del Impuesto sobre el servicio de Alumbrado es: La prestación del servicio de alumbrado público - servicio colectivo, indivisible y de interés y beneficio general - por parte del sujeto activo.

El consumo o uso de energía eléctrica en el Municipio por parte del sujeto pasivo, (bajo regulación o sistemas prepago o post pago, según sea el caso). Igualmente comprende la actividad de consumo interno por generación o autogeneración por el sujeto pasivo.

118.4 BASE GRAVABLE. Es la unidad de medida sobre la cual recaerá la tarifa para generar un resultado impositivo. La base gravable es la liquidación del consumo de energía eléctrica (l.CEM) antes de contribución o subsidios en sistemas de prepago o post pago, según sea el caso. Se incluye todo tipo de energía alternativa, la energía cogenerada y la autogenerada.

118.5 CAUSACIÓN. El período de causación del impuesto es mensual, pero la liquidación se ajustará a los ciclos y condiciones de facturación que implemente la empresa comercializadora de energía o el agente recaudador designado dentro del mes de objeto de cobro.

118.7 VALOR. El Valor estará definido como la cifra resultante de aplicar a la base gravable un factor que permita obtener el monto a pagar por cada contribuyente. El factor se establecerá según los criterios y parámetros determinados en el presente acuerdo.

El valor estará *determinado por la siguiente fórmula:*

VIAP = K X LCEM + V min

Donde:

V IAP = Valor de Impuesto de Alumbrado Público a cargo del contribuyente.

k = Factor de ponderación determinado de acuerdo a como lo establece el presente acuerdo.

LCEM = Consumo liquidado de energía eléctrica al contribuyente en periodo de facturación correspondiente.

Vmin = Valor mínimo del impuesto a cargo del contribuyente

Se tendrán unos topes mínimos de valor del impuesto determinados en función de unidades de valor tributario - UVT - y un tope máximo general determinado en función del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente – SMMLV.

118.8 CRITERIOS PARA DEFINIR EL FACTOR APLICABLE A LA BASE GRAVABLE. Para determinar el factor K, se tendrá en cuenta el consumo básico - Cbs – y el consumo de energía del contribuyente en el mes a liquidar - Ceu –

Si Ceu es menor o igual a Cbs, entonces K = 0

Si Ceu > Cbs, entonces K corresponde a lo determinado en tabla

CONTRIBUYENTES DEL REGIMEN GENERAL: Pertenecen a este régimen todos aquellos contribuyentes residenciales, oficiales, industriales, comerciales y de servicios cuyo sistema de liquidación y pago del servicio de energía eléctrica corresponde al sistema post pago o prepago, y que no estén incluidos dentro de las consideraciones del régimen especial.

La tabla del factor K y del Vmin para estos contribuyentes será la siguiente:

CONSUMO BASE 173 KW - H				
	Si Ceu menor o igual a Cbs		*Si ceu mayor a Cbs*	
	K	*Vmin*	*K*	*Vmin*
ESTRATO 1	*0*	*10% UVT*	*6%*	*0*
ESTRATO 2	*0*	*19% UVT*	*7%*	*0*
ESTRATO 3	*0*	*31% UVT*	*12%*	*0*
ESTRATO 4	*0*	*37% UVT*	*15%*	*0*
ESTRATO 5	*0*	*40% UVT*	*15%*	*0*
ESTRATO 6	*0*	*50% UVT*	*15%*	*0*
NO RESIDENCIAL GENERAL	*0*	*50% UVT*	*15%*	*0*

CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN ESPECIAL: Pertenecen a este régimen todos aquellos contribuyentes que acceden al servicio de energía eléctrica bajo una modalidad del sistema de prepago y a los contribuyentes que por su especial capacidad contributiva ameritan un tratamiento diferenciador de acuerdo de los principios de equidad y gradual ¡dad tributaria.

La tabla del factor K. y del Vmin para estos contribuyentes será la siguiente:

CONSUMO BASE 25000 KW - H				
	Si Ceu menor o igual a Cbs		*Si Ceu mayor a Cbs*	
	K	*Vmin*	*K*	*Vmin*
GRUPO 1	*0*	*11 UVT*	*4%*	*0*

GRUPO 2	*0*	*22 UVT*	*9%*	*0*
GRUPO 3	*0*	*80 UVT*	*28%*	*0*

118.9 CLASIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PASIVOS: Para efectos de dar cumplimiento al principio constitucional de progresividad, los sujetos pasivos se clasificaran en dos regímenes así:

118.9.1 Régimen General: Pertenecen a este régimen todos aquellos contribuyentes residenciales, oficiales, industriales, comerciales y de servicios, quienes no se encuentren dentro del régimen especial. Para dar aplicación al principio constitucional de progresividad tributaria, se tomará como elemento diferenciador al determinar el factor K, la estratificación socio económica del usuario o suscriptor según el estrato socio económico al cual pertenezca y/o los consumos básicos de subsistencia establecidos por la autoridad competente. Así mismo los consumos medios anuales para actividades no residenciales.

Las siguientes entidades Cuerpo de Bomberos, la Defensa Civil, la Cruz Roja y las Juntas de Acción Comunal, tendrán un K equivalente al del estrato 2.

18.9.2 Régimen Particular de contribuyentes especiales del tributo de alumbrado público: Pertenecen a este régimen:

Los que accedan al servicio de energía eléctrica por el sistema prepago. Todos aquellos contribuyentes de sectores productivos o de servicios que por su condición particular de generación de riqueza en el entorno municipal deberán realizar un esfuerzo contributivo mayor para garantizar la sostenibilidad del servicio y el cumplimiento de los principios de gradualidad tributaria. Para el efecto se determinan los siguientes grupos de actividades diferenciadoras.

GRUPO No. 1: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas o de servicios específicas.

Comercialización de derivados líquidos del petróleo
Centros de acopio y/o terminales de pasajeros correspondientes a servicio de transporte público de carga y/o pasajeros del nivel departamental y/o nacional, terrestre o aéreo.

Actividades de operaciones con moneda extranjera - cambios, envíos, recepción, depósito, etc.

Actividades de compraventas y/o ventas con pacto de retroventa.

GRUPO No. 2: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas o de servicios específicas:

Actividades de comercialización de semovientes por el sistema de subasta.

Producción y/o distribución y/o comercialización de señal de televisión por cable.

GRUPO No. 3: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas o de servicios específicas:

Servicio de telefonía local y/o larga distancia fija - por redes o inalámbrica - Recepción y/o Amplificación y/o Transmisión de señal de radio o de televisión abierta de carácter regional y/o nacional. Se excluyen las actividades circunscritas al municipio o al departamento exclusivamente - emisoras del orden local - Operación de telefonía móvil - recepción y o retransmisión y/o enlaces-. Distribución y/o comercialización de gas natural por redes. Institutos Descentralizados del nivel nacional y departamental Corporaciones autónomas regionales. Organizaciones públicas, privadas o mixtas, dedicadas a procesos de bioinvestigación. Transmisión y/o Distribución y/o comercialización de energía eléctrica. Actividades de tratamiento, distribución y comercialización de Agua Potable, sujetas a control de la Superintendencia de Servicios Públicos. Concesiones viales y/o de administración y/o operación de peajes. Actividades financieras sujetas a control de la Superintendencia bancaria o banca central o emisora.

ARTÍCULO 119. VALORES. Los valores corresponderán a la resultante de la aplicación de la formula aquí definida para cada contribuyente en su periodo de consumo y bajos las condiciones y características aquí establecidas.

Parágrafo Uno: Establézcase un límite máximo para todos los contribuyentes del régimen general y especial que nunca podrá exceder los 10 S.M.M.L.V., como impuesto a su cargo por periodo facturado".

1.2.- Fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda[2]:

Señala el demandante que el literal d) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913, previo que el Concejo Municipal de Bogotá, puede crear libremente el impuesto sobre el servicio de alumbrado público.

A su vez, el literal a) del artículo 1° de la Ley 84 de 1915, dispuso que los concejos municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913:

> *"a) Las que le fueron conferidas al municipio de Bogotá por el artículo 1o de la ley 97 de 1913, excepto la que trata el inciso b del mismo artículo, siempre que las asambleas departamentales les hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas*

[2] Ver folios 31 - 45, del cuaderno de primera instancia.

atribuciones…"

Añade que el día 10 de marzo de 2008, el Concejo Municipal de SAMPUÉS - Sucre expidió el Acuerdo No. 004 de 2008, "*Por medio del cual se reglamenta y se recopila en este acto administrativo el servicio integra! de Alumbrado público, y se establece la Estructura Tributaria del Gravamen, se derogan unos acuerdos y se dictan otras disposiciones*".

Agrega, que el *citado Acuerdo fue sancionado por el Gobierno Municipal de Sampués – Sucre, el día 17 de marzo de 2008 y publicado en La emisora La Asociación de Amigos de la Voz Comunitaria Primavera Stereo del mismo, los días 18 y 19 de marzo de 2008.*

Dice, que el día 5 de diciembre de 2012, el Concejo Municipal de Sampués - Sucre expidió el Acuerdo No. 034 de 2012, *"Por medio de! cual se reforma el Estatuto Tributario del Municipio de Sampués*".

Añade, que el citado Acuerdo fue sancionado por el Gobierno Municipal el día 6 de diciembre de 2012 y publicado en la emisora Asociación de Amigos de la Voz Comunitaria Primavera Stereo del Municipio de Sampués - Sucre los días y 7 (sic) de diciembre de 2012.

Adiciona que mediante comunicación No. 1167SD00G - 00154 del 5 de junio de 2014, la Representante Legal para Asuntos Judiciales de TELEFÓNICA, solicitó al Concejo Municipal de Sampués - Sucre la expedición de copias de los Acuerdos Nos. 004 de 2008 y 034 de 2012, con la constancia de publicación o que se encuentran publicados en la página web, copia de la exposición de motivos de la expedición del acuerdo y copia del estudio técnico, financiero y económico que sirvió de sustento para la determinación de la tarifa del impuesto de alumbrado público.

Ante lo cual, la Secretaria General del Concejo Municipal de Sampués - Sucre, remitió los acuerdos 004 del 10 de marzo de 2008 y 034 del 5 de diciembre 2012, pero sobre el texto de la exposición de motivos y sobre el

estudio técnico, financiero y económico que sirvió de sustento para la determinación de la tarifa del Impuesto de Alumbrado Público, guardó silencio.

Como ***concepto de violación***, indica, que los actos administrativos demandados vulneran los arts.: 1, 6, 13, 313, 338 y 363 de la C. P.; igualmente, el art. 1°, literal d, de la ley 97 de 193; art. 1° de la ley 84 de 1915; el art. 10 del Decreto Ley 2424 de 2006; el art. 9 de la Resolución CREG 043 de 1995; ya que, la potestad tributaria de los municipios debe ejercerse conforme la ley, por lo cual, los municipios no gozan de autonomía para establecer sus tributos, por ende, los acuerdos municipales deben respetar los marcos establecidos por el legislador, único órgano que puede crear o autorizar tributos de manera soberana.

Siendo así, señala, los actos administrativos demandados son nulos por violación al principio de legalidad (reserva de ley) o violación de las normas superiores en que debería fundarse, pues, el sujeto pasivo del impuesto no puede determinarse solamente por la posesión, propiedad, tenencia o uso de un bien inmueble en la jurisdicción del municipio o por el desarrollo de actividades económicas o de prestación de servicios específica, ya que de conformidad con la jurisprudencia constitucional vigente, la calidad de sujeto pasivo está referida a que este último forme parte de la colectividad que integra ese ente territorial, lo que a su vez implica, que el sujeto pasivo del impuesto deba tener establecimiento de comercio o sede en el municipio, lo que usualmente no se verifica en ese territorio, de ahí la vulneración de las disposiciones constitucionales y legales citadas.

A lo que debe sumarse, que cuando no se dan tales condiciones, el contenido económico involucrado en el hecho generador y la capacidad contributiva del potencial usuario no es evidente, resultando sumamente compleja la cualificación del sujeto pasivo, en el sentido de precisar el momento en que nace la obligación y la determinación de la magnitud cuantitativa del hecho generador.

Igualmente señala, que la ley 97 de 1913, no delimita, ni siquiera someramente, el hecho gravado, por ende, no pueden los concejos municipales hacerlo motu proprio. Y que los actos administrativos demandados violan el art. 338 de la Constitución Política, al no establecer todos los elementos de la obligación tributaria y en particular, la base gravable para los sujetos pasivos mencionados en el mismo (art. 13 de la C. P.).

Al efecto indica, que el art. 5 del Acuerdo 004 de 2008, fija la base gravable del impuesto para el sector residencial, en razón a la estratificación socioeconómica vigente en el municipio; para el sector industrial según el consumo de energía eléctrica; para el sector comercial e industrial, sector oficial y sector especial, según la actividad económica específica desarrollada en el predio. Lo que igualmente ocurre en el art. 118, numeral 8, del Acuerdo 034 de 2012, que fija los criterios para definir el factor aplicable a la base gravable, en el que se determina un factor según el tipo de contribuyente, sea del régimen general o del régimen especial, por su modalidad de pago, sea pos o prepago.

Siendo así, se incurre en una distinción irregular entre algunos sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, pues, a unos se les respeta sus derechos cobrándoles una tarifa con una base gravable, mientras que a otros la tarifa resulta inconsulta, llegando incluso a establecer diferencias sin determinar cuál es su fundamento.

Desde tal punto de vista, si bien en la obligación tributaria se estableció el hecho generador, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la tarifa, no se fijó la base gravable, elemento sin el cual, el tributo no puede ser cobrado.

Aparte de lo anterior, agrega, que se violan los arts. 13, 363, 287, 313 y 338 de la Constitución Política y los arts. 1° de la ley 97 de 1913 y de la ley 84 de 1915, toda vez que el Concejo Municipal se excedió en el ejercicio de sus funciones, pues, afectó la igualdad y las competencias que les son atribuidas, en los términos que se vienen señalando.

A la par de lo anterior, dijo, que los actos administrativos demandados se ven afectados de falsa motivación, pues, no se tiene constancia de la existencia de estudios técnicos o circunstancias que determinen la capacidad de pago de los contribuyentes, resultando imposible cuantificar los costos correspondientes al suministro del servicio, al mantenimiento y expansión, lo que afecta la igualdad de los sujetos pasivos del tributo. Tan es así, informa, que no se atendió lo señalado en la Resolución CREG No. 043 de 1995, pues, las fórmulas ahí dispuestas no se tuvieron en cuenta.

Finaliza afirmando, que los actos administrativos demandados, imponen doble tributación, en tanto, se crean nuevos sujetos pasivos y nuevos hechos generadores, desnaturalizando el impuesto de alumbrado público. Además, debe tenerse en cuenta que las actividades industriales, comerciales y de servicios, ya están gravadas con el impuesto de industria y comercio, siendo un imposible jurídico pretender que ese hecho constituya fundamento para cobrar impuesto de alumbrado público.

1.3. Contestación de la demanda[3]

El Municipio de Sampués – Sucre, contestó la demanda extemporáneamente, eventualidad que así fue considerada y aceptada mediante auto del 9 de noviembre de 2015.

1.4. Intervención de parte coadyuvante[4].

Mediante escrito presentado el 20 de mayo de 2015, la UNIÓN TEMPORAL ALUMBRADO PÚBLICO SAMPUÉS, solicitó se le tuviera como parte coadyuvante en el presente asunto, petición a la que el a quo accedió en providencia del 9 de noviembre de 2015.

Justificó su participación en este proceso, señalando que como se trata de la nulidad de los actos administrativos que versan sobre el impuesto del

[3] Folio 362 – 363, cuaderno de primera instancia.
[4] Folios 362 – 363/321 – 325, cuaderno de primera instancia.

servicio de alumbrado público en el Municipio de Sampués – Sucre y siendo que la UNION TEMPORAL recauda tal impuesto, la decisión que se tome en este asunto afecta sus intereses, dado los ingresos que percibe por tal actividad.

1.5.- Sentencia impugnada[5].

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 21 de febrero de 2017, negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, consideró que:

1. Los entes territoriales, tienen la facultad para establecer los elementos del impuesto de alumbrado público, dentro de ellos, el hecho generador y la tarifa, lo cual se ajusta a los mandatos constitucionales que regulan la creación de los tributos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional; e igualmente, el acto acusado deriva su existencia de la creación y autorización que señaló la Ley 97 de 1913, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

En ese sentido, contrario a lo dicho en la demanda, no hay duda que las entidades territoriales tienen competencia para establecer **todos los elementos** del impuesto de alumbrado público, de acuerdo con el principio de autonomía tributaria y las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915.

2. En cuanto al sujeto pasivo como elemento de ese tributo, está intrínsecamente ligado con el hecho generador. Al respecto advirtió, que el propio Consejo de Estado acepta la complejidad que reviste 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*", por lo que resulta justificado que se adopten por los municipios distintas fórmulas para su regulación, siempre y cuando tenga una

[5] Folios 430 - 444, cuaderno de primera instancia.

dimensión ínsita en el hecho imponible, se derive o relacione con este.

3. El objeto imponible del impuesto de alumbrado público, es precisamente la prestación de ese servicio, por ende, el hecho que lo genera es el de ser "*usuario potencial receptor del servicio*", por tal razón, contrario a lo considerado por la demandante, la propiedad, posesión, tenencia o uso del predio, así como el desarrollo de actividades económicas, constituyen referentes válidos para identificar "usuarios potenciales" del servicio de alumbrado público en la jurisdicción del Municipio de Sampués, en el entendido, claro está, que deben estar dentro o hacer parte la comunidad, pues, caso contrario serán usuarios ocasionales.

En ese sentido, como la parte demandante considera que quienes presten los servicios de telefonía no son sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público, lo cierto es que sí lo puede ser, ya que, las actividades desplegadas en ellas pueden conllevar a ocupar inmuebles con la instalación de antenas, caso en el cual, estarían en curso del hecho generador y por tanto, no están exentas de ese tributo por hacer parte de la comunidad, pues, si bien el impuesto en discusión tiene como hecho generador un supuesto ajeno a la actividad telefónica, el mismo se define por la potencialidad de ser beneficiario del servicio de alumbrado público, razón suficiente para entender ajustada a ley, la imposición de la carga tributaria a quienes presten la actividad telefónica.

4. El Concejo del Municipio de Sampués, estaba facultado para establecer la tarifa del impuesto de alumbrado público, por tanto, resulta incluido dentro de las facultades otorgadas constitucional y legalmente, para establecer dicho tributo en su jurisdicción.

De ahí, que cada ente territorial ensaye fórmulas distintas para el efecto, siendo una de ellas, 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, presupuestos bajo los cuales, 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 kw que consume.

Tal factor de medición de la base gravable o, si se quiere, de liquidación particular, dijo, puede ser fijo o variable, ya sea que se exprese en una determinada suma de dinero o que comprenda un máximo y un mínimo ajustado a la magnitud de la base gravable; así mismo, las tarifas pueden expresarse en porcentajes fijos, proporcionales (el tributo crece en forma proporcional al incremento de la base) o progresivos (aumentan en la medida en que se incrementa la base gravable), que fue lo que hizo el Municipio de Sampués.

5. En el presente caso, la sociedad demandante no suministró explicaciones, ni pruebas idóneas para cuestionar la tarifa dispuesta, ni demostró que esas tarifas no hayan consultado la capacidad económica de los sujetos pasivos, afectados por las mismas o que su fijación haya estado desprovista de estudios técnicos sobre costos y beneficios.

En ese sentido, en cuanto a la indebida motivación de los actos demandados, por no referirse a estudios técnicos, advirtió, que se trataba de actos administrativos de carácter general, por tanto, la motivación propia de los mismos, no es tan exigente como la de los actos particulares, vinculada al ejercicio del derecho de contradicción y defensa.

Por esta misma vía, desechó la presunta vulneración del parágrafo 2º del artículo 9º de la Resolución CREG 43 de 1995, pues dijo, que no se suministraron explicaciones, ni pruebas para verificar que las tarifas impuestas en el acuerdo, no atendían los costos y mantenimiento del servicio, siendo la carga de la prueba de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados de la sociedad demandante.

Y aun pese a ello, agregó, tanto en el Acuerdo No. 004 de 2008 y en el Acuerdo No. 034 de 2012, expedidos por el Consejo del Municipio de Sampués, se observa un esquema tarifario del impuesto que equivale a un porcentaje del valor bruto del consumo mensual de energía y se determina teniendo en cuenta los sectores económicos, áreas en las que se encuentren ubicados los predios y actividades de los usuarios del servicio de energía, lo que constituye un parámetro de medición admisible, para establecer la base gravable del tributo, toda vez que permite determinar la capacidad contributiva del potencial usuario y resulta proporcional, con el beneficio percibido con la prestación del servicio.

6. En cuanto a la doble tributación, para el Juzgado de primera instancia, los cánones acusados no gravan el mismo hecho con el impuesto de alumbrado público y el impuesto de industria y comercio, pues, el hecho de que la determinación de la tarifa se realice atendiendo a las actividades de (i) servicio de telefonía local y/o larga distancia fija -por redes o inalámbrica- y (ii) el servicio de telefonía móvil, comercialización y/o retrasmisión y/o enlaces, establecidos en el Acuerdo No. 004 de 2008; así como en el Acuerdo No. 034 de 2012, incluyendo en este la operación de telefonía móvil -recepción y/o retransmisión y/o enlaces-, no conlleva a que se esté estableciendo que el gravamen recaiga sobre esas actividades relacionadas con las telecomunicaciones, sino que ese parámetro es utilizado como referente, para establecer la capacidad contributiva de esa clase de contribuyentes, para poder clasificarlos.

1.5.- El recurso[6]

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante la impugnó, asegurando:

[6] Folios 51 – 54, del cuaderno de primera instancia

1. El fallo recurrido viola el debido proceso y derecho de defensa, pues, desestimó los argumentos expuestos en demanda y no tuvo en cuenta los alegatos de conclusión.

2. Existe una incorrecta valoración probatoria e interpretación normativa en el fallo apelado, pues, no se tuvo en cuenta que el Municipio nunca le permitió al demandante, participar en la formación del acto administrativo, vulnerándose su derecho al debido proceso, ya que, no se aplicaron las normas para crear los actos administrativos demandados, la competencia del funcionario que actúa y una motivación adecuada y suficiente del acto administrativo, eliminando las normas que regulan el proceso de determinación del impuesto de alumbrado público.

3. El fallo de primera instancia, no tuvo en cuenta que el acto administrativo demandado padece de falsa motivación, pues, no presenta fundamentos de hecho o de derecho que lo sustenten.

Al efecto, dice, el acto administrativo demandado carece de fundamentación fáctica, toda vez que no presenta prueba alguna, ni siquiera hace mención a donde se hallan ubicadas las antenas de telefonía en el municipio, su respectiva ubicación o que la propiedad de estas, corresponden a la demandante.

Tampoco tienen en su contenido, la explicación de los motivos que tuvo el municipio para liquidar oficialmente el impuesto de alumbrado público, impidiendo su ejercicio del derecho de defensa.

4. El fallo de instancia, vulneró el art. 4 de la Constitución Política, pues, debía inaplicarse por inconstitucional e ilegal, el acto administrativo fundamento del cobro del impuesto de alumbrado público, lo cual debía considerarse en tal sentido, pues, el concejo municipal de Sampués, estableció de manera inconstitucional e ilegal, los criterios para establecer el monto del impuesto de alumbrado público, vulnerando el principio de equidad e

igualdad, al fijar en forma indebida los parámetros y la forma de cálculo de la base y la tarifa del citado impuesto.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 3 de abril de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante[7].

-. En proveído de 8 de mayo de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo[8].

En dicho término, ni las partes, ni el Ministerio alegaron o presentaron concepto alguno, respectivamente[9].

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Acto Administrativo demandado

Dada la transcripción que del acto demandado se hiciera en el acápite de pretensiones, en el presente, la Sala se abstiene de hacerlo, señalando que en todo caso debe entenderse como demandado aquel que se ha mencionado anteriormente.

---

[7] Folio 4, cuaderno de segunda instancia.
[8] Folio 10, cuaderno de segunda instancia.
[9] Folio 15, cuaderno de segunda instancia.

2.3. Nulidad procesal por falta de motivación en la sentencia recurrida

Para alegar una nulidad en un proceso como el tratado, el interesado deberá alegarla, considerando como mínimo los siguientes requisitos:

- Manifestar la causal de nulidad que invoca.
- Determinar los hechos que respaldan la causal de nulidad.
- Encontrarse legitimado para proponer la causal de nulidad.
- Solicitar o aportar las pruebas, que la sustenten.

Es decir, el interesado debe agotar un mínimo de lineamientos, sin los cuales habrá lugar al rechazo de la solicitud.

Hecho lo anterior, resulta evidente que la causal invocada debe ser probada en el proceso. De ahí que en asuntos como el tratado, llame la atención que el apelante, como primer cargo del recurso, señale, expresamente, que el fallo recurrido viola el debido proceso y el derecho de defensa, pues, desestimó los argumentos expuestos en demanda y no tuvo en cuenta los alegatos de conclusión, sin referirse expresamente a una solicitud de nulidad en forma, toda vez que su aserto tiene tal connotación y así lo entiende la Sala.

Efectuada tal anotación, lo siguiente es afirmar que la mentada irregularidad procesal no aparece en el presente asunto, en tanto, revisado el contenido de la sentencia recurrida, tal y como se anotó en acápite anterior, se encuentra que la misma decidió todos los extremos del litigio y consideró las posiciones de las partes esgrimidas a lo largo del proceso, por lo que no puede afirmarse sin error, que la sentencia no fue objeto de motivación.

Siendo así, no resulta procedente considerar la existencia de irregularidad alguna en el contenido de la sentencia recurrida, por ende, procede pronunciamiento de fondo.

2.4. Medio de control de simple nulidad

Atendiendo a su naturaleza jurídica, ha dicho la Corte Constitucional[10], que mediante el contencioso de anulación se busca garantizar el principio de legalidad que resulta ser consustancial al Estado Social de Derecho, al tiempo que se asegura la vigencia de la jerarquía normativa y la integridad del orden jurídico -a partir de la supremacía de la Constitución Política-, dando paso a las sanciones típicas del mencionado principio de legalidad que, salvo en lo que toca con la declaratoria de invalidez del acto, pueden variar según se trata de proteger, además del interés común -actos de contenido general y abstracto-, un interés individual y subjetivo -actos de contenido particular-.

Encontrando estrecha vinculación con valores, principios y garantías que la Constitución reconoce y recoge en diferentes disposiciones, las cuales a su vez, constituyen el fundamento esencial de la nueva concepción política del Estado colombiano y de su dinámica garantista y protectora. En la Sentencia C-513 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), la Corte se ocupó de precisar el fundamento constitucional de la acción de nulidad y su directa vinculación con el principio de legalidad, en los siguientes términos:

> *"El preámbulo de la Carta Política reconoce que el nuevo orden institucional político y social diseñado para asegurar a los integrantes de la comunidad nacional los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, y garantizar un orden político, económico y social justo, se estructura a partir de un ordenamiento jurídico o un marco normativo que sirva de instrumento para la realización y efectivización de dichos valores y propósitos.*
>
> *"El referido marco normativo lo constituye el ordenamiento jurídico que, a partir de la Constitución, estructura y pone en funcionamiento el Estado Social de Derecho, el cual comporta el desarrollo de una serie de cometidos de naturaleza social y busca asimismo que el Estado, a través de sus diferentes órganos, proteja y efectivice los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (arts. 1o. y 2o.)*

[10] Cfr. la sentencia C-513/94. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

> *"El reconocimiento de la supremacía de la Constitución, implica que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, u otra norma jurídica, es decir, de un acto administrativo normativo se apliquen las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, la Constitución ha dispuesto de mecanismos - la acción de inconstitucionalidad y la acción de nulidad - para asegurar dicha supremacía. (arts. 4o. y 40-6), e igualmente ha deferido a la ley la creación de las acciones para que las personas puedan proteger la "integridad del orden jurídico" (art. 89).*
>
> *"La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238)."*

En este contexto, es preciso subrayar que teniendo en cuenta el objeto fundamental y las circunstancias de orden legal que reglamentan y condicionan el ejercicio del medio de control antes señalado, es válido afirmar que la acción de nulidad presenta las siguientes características: *(i)* se ejerce exclusivamente en interés general, con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; *(ii)* por tratarse de una acción pública, la misma puede ser promovida por cualquier persona; *(iii)* la ley no le fija término de caducidad y, por tanto, es posible ejercerla en cualquier tiempo; *(iv)* procede contra todos los actos administrativos siempre que, como se dijo, se persiga preservar la legalidad en abstracto -la defensa de la Constitución, la ley o el reglamento-.

De ahí que quien formula demanda de simple nulidad, si bien puede tener un interés ínsito en lo que se va a decidir, no lo puede invocar directamente a su favor y por el contrario, debe entender que el medio de control, al tener como objeto la protección del ordenamiento jurídico, tiene una vocación más generalizada, de ahí que en asuntos como el tratado, la pretensión de nulidad de los acuerdos demandados, deba tomarse en sentido general y no bajo el criterio particularizado de quien demanda, pese a que los efectos de los actos administrativos, puedan llegar a ser muy particulares.

2.5. Impuesto de alumbrado público. Hecho generador.

El impuesto de alumbrado público, ha sido una carga tributaria con una larga evolución normativa, la cual comienza a gestarse, inclusive, antes de la codificación constitucional de 1991, esto es, con la expedición de la Ley 97 de 1913, que en su Art. 1º, literal d, dispuso la facultad del Concejo Municipal de Bogotá para su liquidación y posterior recaudo.

Seguidamente, la facultad en mención, fue extendida a todos los entes territoriales, en virtud de la ley 84 de 1915, de allí que la jurisprudencia contenciosa, hasta estos días, ha dado sentido y fundamentación al impuesto de alumbrado público, en los siguientes términos:

> *"- El artículo 338 de la Constitución Política le otorgó autonomía a los municipios para fijar los elementos del impuesto.*
>
> *- La Ley que crea o autoriza la creación de un tributo territorial debe gozar de tal precisión, 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.*
>
> *- La norma municipal que desarrolle la autorización legal debe recoger el hecho imponible previsto en la ley habilitante. No lo puede desconocer o variar.*
>
> *- 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 tributo. Mediante la Ley 84 de 1915 se hizo extensiva esta facultad a las demás entidades territoriales.*
>
> *- El artículo 1° de la Ley 97 de 1913 fijó como objeto imponible el servicio de alumbrado público, y el hecho generador es el ser usuario potencial receptor de ese servicio.*
>
> *- Dada la autonomía conferida a los entes territoriales, el Concejo del Municipio de Neiva podía determinar los elementos del impuesto de alumbrado público."*[11]

[11] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de julio de 2012. Expediente con radicación interna 18806. C. P. Dr. William Giraldo Giraldo.

Destacándose, que una de las situaciones más conflictivas a la hora de estudiar esta temática, es el concerniente a la facultad que tienen los entes territoriales, para expedir actos administrativos que cuantifiquen e impongan obligaciones tributarias, que en sentido general, son del resorte del legislador (Ley en sentido estricto); sin embargo, tal planteamiento, ha sido fehacientemente superado en virtud de la autonomía territorial, dispuesta por el Art. 338 de la Constitución Política, a más de las valoraciones interpretativas que se han elaborado sobre la ley 97 de 1913, esbozando el Honorable Consejo de Estado, sobre el tema, lo siguiente:

> *"Debe precisarse que como lo señala la demandante, el criterio actual de la Sección ha señalado que la facultad impositiva de los entes territoriales si bien está sometido a la ley, tal facultad debe interpretarse sistemáticamente con las normas constitucionales que también le han conferido potestades a los concejos municipales y a las asambleas departamentales, como pasa a explicarse.*
>
> *Esta Sala ha considerado que 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 (…)*
>
> *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 (….)*
>
> *De acuerdo con lo anterior, la Sala advierte 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 (…).*
>
> *Con base en los anteriores argumentos, la Sala cambió su jurisprudencia para reconocer la facultad que tienen los concejos municipales para establecer, a partir de la Ley 97 de 1913, los elementos del impuesto sobre teléfonos, consideraciones que son*

igualmente aplicables al impuesto de alumbrado público que tiene su fundamento en la misma Ley. (...)

En esas condiciones, la Ley 97 de 1913 constituye lo que la Corte Constitucional ha denominado una "ley de autorizaciones", es decir, el "elemento mínimo" que necesitan los entes territoriales frente a los impuestos que administran, porque "tratándose de recursos propios de las entidades territoriales no hay razón para que el legislador delimite cada uno de los elementos del tributo, pues de esa forma cercenaría la autonomía fiscal de que aquéllas gozan por expreso mandato constitucional".

Entonces, en esa misma línea jurisprudencial, esta Sección ha señalado que los entes territoriales tienen la facultad para establecer los elementos del impuesto de alumbrado público, y así lo ha indicado en diferentes oportunidades, con fundamento en los argumentos que sobre la autonomía tributaria fueron expuestos en la sentencia del 9 de julio de 2009 antes referida.

En consecuencia, no se advierte que el Concejo Municipal de Girardot, al expedir los acuerdos acusados, en los que estableció el impuesto de alumbrado público y sus elementos, haya excedido las facultades constitucionales conferidas a los municipios en materia tributaria."[12]

Ahora bien, teniendo en cuenta el anterior acervo jurisprudencial, es claro, que los Municipios, como entes territoriales, están facultados para establecer y fijar el impuesto al alumbrado público. Establecido lo anterior, en punto de lo tratado, es necesario entender en qué consiste el hecho generador del impuesto de alumbrado público.

Al efecto, 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

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 25 de julio de 2013. Expediente con radicación interna 19383. C. P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

considerado y el elemento subjetivo, a la conexidad de ese hecho con un sujeto en la medida en 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"*[13]. Se ha precisado también que es menester distinguir el hecho generador del objeto del tributo u objeto imponible[14].

Tratándose del impuesto de alumbrado público, 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.

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

---

[13] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 17 de julio de 2008. C. P.: Dra. LIGIA LÓPEZ DIAZ. Radicación número: 07001- 23-15-000-2005-00203-01(16170). Actor: EMPRESA DE ENERGÍA DE ARAUCA E.S.P. Demandado: MUNICIPIO DE SARAVENA.
[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 3 de diciembre de 2009. Expediente 16527. Actor: PROTABACO. M. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

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 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 "*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 26 de febrero de 2015[15], se dijo 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.

En ese orden de ideas, como se precisó anteriormente, el objeto imponible resulta ser el servicio de alumbrado público y, por ende, el hecho que lo

[15] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 26 de febrero de 2015. C. P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Radicación número: 47001-23-31-000-2011-00006-02(19173) Actor: RICARDO JESÚS ANAYA VISBAL. Demandado: MUNICIPIO ZONA BANANERA – MAGDALENA.

genera, es el ser usuario ***potencial***[16] 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[17], luego entonces, el principio de legalidad no se complementa, al menos en este ámbito, con la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes.

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 kw que consume.

---

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

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

2.6. Caso concreto

En el caso concreto, dilucidado que no se presenta nulidad alguna que impida el pronunciamiento de fondo, debe quedar claro que el medio de control ejercido es el de simple nulidad, por ende, con contenido ampliamente general frente al estudio de los actos administrativos demandados, de ahí que, cargos como aquel que sostiene que tales actos vulneran el derecho a la igualdad, debe ser visto no con la sola referencia a quien demanda, sino en relación con todos los usuarios del alumbrado público y sobre quienes terminan siendo sujeto pasivo del impuesto.

Hechas tales advertencias, lo siguiente es señalar, que el concejo municipal de Sampués – Sucre, tras lo advertido en el marco normativo de esta providencia, tiene competencia para regular lo relacionado con el alumbrado pública, sin que la misma, exceda los límites de configuración del tributo, en tanto, es la ley quien permite tal ejercicio.

A partir de ahí, a su vez, ha de anotarse que la fórmula que eligió el municipio de Sampués – Sucre, en el artículo 4º del Acuerdo demandado, para gravar dentro de la jurisdicción territorial del municipio a los usuarios del servicio de alumbrado público, cuando textualmente señaló que el hecho generador lo constituye: "*1. (…) la prestación del servicio de alumbrado público en el muncipio según los términos definidos por la Resolución CREG – 043 de 1995*", la que como se vió, define el 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*".

Y, "*la propiedad, posesión, tenencia, uso o usufructo de predio o predios en el área geográfica del municipio de Sampués – Sucre o el desarrollo dentro de la misma de alguna o algunas de las actividades especificadas en el presente acuerdo*", no sea vulneratorio, ni de la constitución, ni del ordenamiento legal, pues, establece reglas claras bajo las cuales entender la noción de hecho generador, resultando que una de ellas, puede ser el servicio de telefonía local y/o larga distancia fija - por redes o inalámbrica; el servicio de telefonía móvil – comercialización y/o retransmisión y/o enlaces; que son precisamente actividades adelantadas por el ente demandante, si se considera el certifico por la cámara de comercio (folios 48 – 61), tal y como el propio acuerdo 004 de 2008 lo dispone.

Ahora bien, tal y como lo sostuvo la primera instancia, a efectos de establecer si la fórmula de cálculo del impuesto de alumbrado público, resultaba inequitativa, era necesario que el interesado aportara prueba que indicase la mentada desigualdad, lo cual no ocurrió, pues, se limitó a fijar sus esperanzas probatorias en los estudios técnicos adelantados por el propio concejo municipal de Sampués, cuando si se acepta que el acuerdo municipal demandado surgió a la vida, tácitamente se acepta que agotó todos y cada uno los pasos para hacerlo, con ello, que mediaron los estudios necesarios que fijaron las fórmulas echadas de menos y que solo, si se ataca la fórmula finalmente obtenida, habrá que contraponerse entre quienes aparecen como potenciales usuarios a efectos de establecer desigualdad, tomando como base el contenido mismo del acuerdo demandado.

Debe recordarse, que la carga probatoria corresponde, por regla general, a la parte interesada, quien debe probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho, postulado entendido como principio procesal, conocido como "onus prodandi, incumbit actori"[18] y en este caso, el interesado es el demandante, quien pese a que el medio de control

[18] Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección B. Sentencia del 30 de junio de 2011. C. P. Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836). Actor: CARMEN ELISA VELASQUEZ GRIJALBA Y OTROS. Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC-.

elegido es la simple nulidad, tiene la obligación de probar los hechos en que se funda.

Esta misma apreciación, sirve para desechar la mentada falta de proporcionalidad en la fórmula que edifica el tributo de alumbrado público, pues, para llegar a la conclusión que existe desproporcionalidad, debe probarse en donde se halla tal desproporcionalidad, sustentada en hechos y no solo en el contenido del propio acto administrativo demandado, pues, lo descrito al interior del mismo, solo sirve para probar que se fijó una fórmula, que per se, no puede ser tachada de irrazonable.

Siendo así, la Sala es del criterio que debe confirmarse la decisión apelada, pues, los cargos reiterados por el apelante no tienen vocación de prosperidad, además de lo que adelante se considera.

Al efecto, ha de agregarse:

1. No puede el recurrente adicionar argumentos que no fueron tratados en primera instancia. Al efecto, alegar en segunda instancia vulneración a lo que sería "*consulta previa*" o participación en la actuación administrativa de creación de los acuerdos municipales, es traer a cuento argumentos que no fueron expuestos en demanda. La sola lectura de los cargos formulados en demanda, así lo determinan.

2. El recurso de apelación requiere de la contraposición del medio de impugnación con el contenido de la sentencia, que no de la reiteración de lo tratado, pecando en este caso el escrito de alzada, de reiterar lo que ya se ha dicho, sin informar en qué falla la providencia recurrida y brindando argumentos que como se han visto, hasta resultan contradictorios, pues, una cosa es la nulidad y otra muy distinta el contenido de fondo del fallo, a lo que suma la confusión entre interés particular y medio de acción tratado, que no es otro que el de simple nulidad.

3.- CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, al tratarse de un asunto de interés público, no se condena en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 21 de febrero de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión

TERCERO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia al recurrente.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0159/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS **SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**