



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTA MARTA

Santa Marta, veinticinco (25) de febrero de dos mil catorce (2014).

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GASES DEL CARIBE S. A. E. S. P.
DEMANDADO	MUNICIPIO DE PIVIJAY
RADICACION	47001333300420130016200

ASUNTO POR RESOLVER

Habiéndose anunciado el sentido del fallo dentro de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, el despacho procederá a consignar por escrito la sentencia, en los términos que a continuación se señalan:

Antecedentes.

La Empresa de Servicios Públicos GASES DEL CARIBE S. A. E. S. P., representada por RAMON DÁVILA MARTÍNEZ, por conducto de apoderada judicial impetró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en contra del Municipio de Pivijay, pretendiendo se acceda a las siguientes declaraciones y condenas:

I. Que se declare la nulidad de las Resoluciones número ALP-LQ-2013-0103-01; ALP-LQ-2013-0103-02; ALP-LQ-2013-0103-03 y ALP LQ-2013-0103-04, expedidas el 1 de marzo de 2013, por las cuales el Municipio de Pivijay Magdalena liquidó el impuesto de alumbrado público a cargo de la parte actora, correspondiente a las vigencias fiscales de los meses de septiembre a diciembre de 2012, cada una por valor de \$6.803.904.

II. Que se declare la nulidad de la Resolución número ALP-2013-04-22 del 22 de abril de 2013, expedida por la entidad demandada, que confirmó las liquidaciones oficiales indicadas en las resoluciones descritas en el numeral anterior.

III. En subsidio de las dos pretensiones anteriores, y en caso de que únicamente se declare la nulidad del acto que resolvió el recurso de reconsideración, que se decrete configurado el silencio administrativo positivo debido a que, en tal caso, se tendría por no decidido el recurso de

RAD. 47001333300100420130001600. MEDIO DE CONTROL: N Y R. TEMA: IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO VS IMPUESTO AL TRASPORTE DE HIDROCARBUROS COMPATIBILIDAD. DECISIÓN: *Se niegan las suplicas de la demanda y se condena en costas a la parte demandante.*



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SANTA MARTA

reconsideración interpuesto en contra de las resoluciones descritas en el numeral I suprascrito, las cuales contienen las liquidaciones oficiales demandadas, en razón de que fue decretada la nulidad del acto que decidió dicho recurso.

IV. Que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones anteriores, se restablezca el derecho de la sociedad GASES DEL CARIBE S. A. E. S. P., mediante sentencia en la que se declare que esta no tiene obligación alguna a su cargo y en beneficio del Municipio de Pivijay, por concepto del tributo de alumbrado público causado en los periodos gravables de septiembre a diciembre de 2012, y que consecuentemente, se ordene: a) Abstenerse de cobrarle a GASES DEL CARIBE el tributo de alumbrado público, determinado por los actos demandados b) Archivar definitivamente la actuación administrativa respectiva.

V. Que en cualquier evento que GASES DEL CARIBE haya efectuado o efectúe voluntariamente o en virtud de procesos de cobro coactivo o por otra causa pagos totales o parciales de las obligaciones contenidas en los actos demandados y/o que haya sufrido embargo de bienes o recursos por esta misma causa, y si estos actos son declarados total o parcialmente nulos y/o son reformados o se ordena reformarlos en cuanto a rebajar el monto de la obligación, se ordene al Municipio de Pivijay y/o a quien haya recibido los pagos o recursos en nombre de este, devolver y/o desembargarle a GASES DEL CARIBE dichos recursos o bienes junto con intereses o indexación, ordenando dar aplicación a los artículos 187, 189 y 192 del CPACA, respecto a lo que en ellos se dispone para la ejecución de la sentencia.

VI. Que en caso que prospere cualquiera de las pretensiones anteriores, se condene en costas al Municipio de Pivijay y a los terceros o partes que intervengan en este proceso a favor del Municipio y de sus argumentos y en contra de GASES DEL CARIBE o de sus argumentos, según lo previsto en el artículo 188 del C. P. A. C. A.

Como fundamentos de las pretensiones de la demanda, se exponen los hechos que a continuación se resumen:

Que en desarrollo de la autorización conferida por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, el Concejo Municipal de Pivijay expidió el Acuerdo 24 de 29 de noviembre de 2004, mediante el cual precisó los elementos del impuesto de alumbrado público en dicha localidad.

Que en el mencionado Acuerdo 24 de 2004 de Pivijay se fijaron las tarifas de alumbrado público en este municipio, señalándose lo siguiente en el numeral 7.8 de su artículo 7º: "7.8. Empresas de gas natural de alta presión o baja. Empresas cuyo sistema de transporte o distribución de gas natural de alta o baja presión estén situadas en la jurisdicción del Municipio están obligadas al pago del impuesto de alumbrado público con una tarifa única de \$5.000.000.00".

Que en desarrollo del aparte anterior del Acuerdo 24 de 2004, el Municipio de Pivijay por conducto de Tesorero Municipal expidió las resoluciones número ALP-LQ-2013-0103-01; ALP-LQ-2013-0103-02; ALP-LQ-2013-0103-03 y ALP-LQ-2013-0103-04 por los cuales liquidó oficialmente el impuesto de alumbrado público causado a cargo de GASES DEL CARIBE S. A. E. S. P., por los periodos gravables de septiembre de 2012 a diciembre de 2012.

Que la sociedad demandante interpuso oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, recurso de reconsideración contra las cuatro resoluciones precitadas, y que mediante la resolución

número ALP-2013-04-22, el Municipio de Pivijay a través del Tesorero Municipal decidió el recurso anterior, confirmando en todas sus partes las cuatro resoluciones recurridas, que contienen las liquidaciones del impuesto de alumbrado público causado por los periodos gravables de septiembre de 2012 a diciembre de 2012.

La parte considera como violadas las siguientes normas:

- Artículos 6, 95 numeral 9º., 121, 122, 150 numeral 12º., 209, 287 numeral 3º, 313 numeral 4º., y 338, todos de la Constitución Nacional.
- Artículo 1º. literal d) de la Ley 97 de 1913, concordante con el artículo 1º. literal a.) de la Ley 84 de 1915.
- Artículo 32 numeral -numeral 6º- de la Ley 136 de 1994, tal y como fue reformado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012.
- Artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.
- Artículos 1º a 5º y 8º de la Ley 242 de 1995.
- Artículos 3, numerales 1 y 3, 11, numeral 2, 137 -inciso 2º- y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).
- Artículos 16 del Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953) y 1º del Decreto Reglamentario 850 de 1965, concordantes con el artículo 27 de la Ley 141 de 1994.
- Artículo 9º del Decreto 2424 de 2006.
- Artículo 9º. parágrafo 2º. de la Resolución No. 43 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG, de ahora en adelante-.

El concepto de violación desarrollado en la demanda, se circunscriben a los cargos que se pueden resumir así:

Violación de la Ley 242 de 1995 por aplicación del IPC y no la meta de inflación para liquidar la tarifa del impuesto.

La sociedad actora plantea que los actos acusados vulneraron el artículo 3 de la Ley 242 de 1995, por cuanto la demandada, en la determinación de los valores adeudados por concepto de impuesto de alumbrado público, procedió a utilizar el IPC certificado por el DANE aplicable como factor de reajuste y no la meta de inflación tal como lo disponía la precitada norma; lo cual, a juicio de la entidad, se encuentra proscrito por la norma descrita. Ello conllevó a que las tarifas del impuesto se liquidaron de forma ilegal, pues el valor inicial se aumentó por efecto de la aplicación de tal índice.

Violación al debido proceso por violación del principio de imparcialidad, en razón de que fueron expedidos por el mismo funcionario los cuatro actos de liquidación y el acto de decisión del recurso de reconsideración interpuesto contra dichos actos de liquidación.

Plantea que el principio de imparcialidad fue vulnerado en el caso concreto, toda vez que el mismo Tesorero Municipal fue quien expidió las liquidaciones atacadas y la respuesta al recurso de

RAD. 47001333300100420130001600. MEDIO DE CONTROL: N Y R. TEMA: IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO VS IMPUESTO AL TRASPORTE DE HIDROCARBUROS COMPATIBILIDAD. DECISIÓN: *Se niegan las suplicas de la demanda y se condena en costas a la parte demandante.*

reconsideración interpuesto en tiempo contra los mismos; lo que aparejaría, en su opinión, la configuración de silencio administrativo positivo, pues de decretarse la nulidad de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración (No. ALP 2013-04-22 de 2013) porque esta fue dictada por el mismo funcionario que dictó los actos de liquidación, tal nulidad implica que no constituye la misma una decisión válida, y debe entenderse que el recurso interpuesto fue favorable a GASES DEL CARIBE, por no haberse decidido dentro del término de un año siguiente a su interposición, por acto válido.

Ello en atención a que el precitado funcionario conoció del asunto en oportunidad anterior, cuando conoció y decidió la forma en que debía liquidarse el impuesto de alumbrado público a la actora. Además, trae a colación que el recurso interpuesto no fue el de reposición, sino el de reconsideración, que, dadas las circunstancias, ya estaba decidido de antemano si el mismo funcionario que determinó el impuesto es aquel que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto, que dicho sea de paso es obligatorio antes de acudir a la Jurisdicción contenciosa.

Violación del principio constitucional de legalidad de los tributos.

Afirma que se configura la misma porque se determinó e impuso a la demandada el impuesto de alumbrado público, a pesar de que los elementos estructurales del tributo no fueron y no han sido definidos por el legislador, lo que conlleva la ilegalidad de dichos actos de determinación oficial del tributo. Lo anterior, lo sustenta en el hecho de que el mutismo de las leyes 97 de 193 y 84 de 1915 sobre los elementos esenciales del tributo denominado "Impuesto de Alumbrado Público", esto es, el no existir certeza sobre los sujetos pasivos, los hechos generadores, y la base gravable, limitándose solo a facultar a los municipios para crearlo, supone que el acuerdo en que se fundamenta el tributo así como las propias leyes habilitantes vulneran los artículos 1, 150 numeral 12, 287 numeral 3°, 313 numeral 4° y 338 de la Constitución Política, desarrollados en el ámbito legal por el artículo 32 numeral 6 de la Ley 136 de 1994, careciendo la demandada de facultades para suplir los vacíos del legislador.

Violación a la prohibición legal de gravar con impuestos municipales la actividad de distribución y transporte de gas natural.

Sostiene que el artículo 1° del Decreto 850 de 1965 (proscripción a entidades territoriales de imponer impuesto alguno, directo o indirecto al petróleo o cualquiera de sus derivados, incluyendo al gas como producto natural o como derivado de la destilación del petróleo, o cualquiera de sus formas componentes) y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 (proscripción a las entidades territoriales de imposición de gravamen alguno a la explotación de recursos naturales no renovables), que se sustentan en la exención planteada en el artículo 16 del Código de Petróleos (que prescribe la exención de impuestos departamentales y municipales de toda índole, directos o indirectos a la exploración y explotación de petróleo, el petróleo obtenido, sus derivados y transporte, maquinarias y demás elementos que se necesitaren para su beneficio y construcción y conservación de refinerías y oleoductos), se encuentran debidamente vigentes, y por ende no podía la entidad demandada gravar con impuesto de alumbrado público a las empresas distribuidoras de gas natural por el solo hecho de ser tal y por tener infraestructura para ello, por lo que debe declararse la nulidad de los actos acusados. Sostiene además que el Municipio de Pivijay expresa que la actividad desempeñada por el municipio (transporte de gas natural) no se encuentra cobijada por la exención descrita, lo cual, a juicio de la sociedad actora,

es totalmente alejado de la realidad, pues el gas natural es un derivado del petróleo, cobijado por dicha prohibición legal; que el numeral 7.8 del artículo 7 del acuerdo 24 de 2004 grava el transporte o distribución de gas natural, y que la prohibición del artículo 16 se refiere al petróleo y sus derivados, como producto cobijado por la prohibición, y al transporte y a los oleoductos de transporte (gasoductos).

Violación a los principios constitucionales de equidad, igualdad y capacidad contributiva, y consecuente violación subsidiaria al “principio de legalidad”, debido a la forma en que las cuatro liquidaciones oficiales demandadas determinaron el impuesto de alumbrado público a cargo de Gases del Caribe.

Sustenta lo anterior, en el hecho de que los hechos y bases por los cuales se grava a la demandante mediante los actos acusados no se compadecen con la magnitud económica del hecho imponible del tributo de alumbrado público, que ya vimos consiste en la prestación de dicho servicio, en virtud de que la infraestructura que detenta la sociedad demandante es un hecho que en sí mismo considerado en nada se relaciona con el servicio de alumbrado público, que es el hecho imponible de ese impuesto, ni tiene semejanza alguna con su naturaleza, razón por la cual no puede tomarse ello como magnitud de éste. Aunado a ello, expone que no existe diferencia verdadera entre la sociedad demandante y los demás sujetos pasivos, frente al hecho de ser usuarios reales o potenciales del servicio de alumbrado, que es el hecho imponible de este tributo, lo cual supone que no exista sino una artificiosa distinción para liquidar a la demandante con un impuesto con tarifa mayor a la que se liquida a otros sujetos, que frente al hecho imponible del impuesto, están en iguales condiciones que ésta.

Violación a los límites impuestos por la regulación del sector.

Afirma que la demandada vulnera lo dispuesto en la Resolución No. 43 de 1995, emanada de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Natural, pues ésta dispone que el Municipio no podría recuperar más de los usuarios de lo que paga por el servicio, incluyendo expansión o mantenimiento, pues en los actos acusados, con la motivación insuficiente e indebida, no es posible determinar si el Municipio acató o no estas normas superiores a las que está sujeto, por lo que la liquidación realizada debe declararse nulo, dado su falta de evidencia sobre su sujeción a los límites precitados.

Trámite procesal

La demanda fue admitida en este Juzgado el día 16 de agosto de 2013, ordenándose la notificación de dicho proveído a la parte demandada cumpliendo las previsiones del artículo 199 del C. P. A. C. para el efecto. En ese orden, la apoderada de la entidad territorial demandada presentó contestación de demanda a través de memorial radicado en la Secretaría del Despacho el día 26 de septiembre de 2013, proponiendo excepciones de mérito, de las cuales se le corrió traslado por un lapso de tres días a la sociedad actora por publicación en estado electrónico el día 27 de noviembre de 2013, de las cuales se pronunció al respecto, oponiéndose a todas ellas, sin expresar las razones en las que se sustentaba.

Posteriormente, a través de proveído de fecha 11 de diciembre de 2013 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de la que trata el artículo 180 ejusdem, la cual se adelantó en la fecha fijada, y en la misma, se dispuso como fecha para la audiencia de pruebas, alegaciones y juzgamiento para el día 11 de febrero de 2014, adelantándose igualmente en tal fecha, comunicando a las partes el sentido del fallo.

Razones de defensa de la entidad demandada

El Municipio de Pivijay contestó la demanda en forma oportuna, solicitando se desestimen las súplicas al considerar que no le asiste derecho a la Sociedad demandante; argumentando en síntesis, lo siguiente:

Se opone en su totalidad a las pretensiones de la demanda y, respecto de los hechos, tiene por cierto el hecho primero, el segundo no le consta, los hechos tercero y cuarto afirma que son meras transcripciones normativas; el quinto, sexto, séptimo y noveno expresa que son afirmaciones del actor que no comportan actuaciones ilegales o irregulares de la entidad demandada; y solicita que pruebe el hecho octavo.

Respecto de los argumentos de defensa planteados por la entidad demandada, los presenta subsumidos con la sustentación de las excepciones de fondo propuestas. Para el efecto, expuso lo siguiente:

“Inexistencia de motivo de ilegalidad, falta de motivación y desviación de poder en las actuaciones administrativas demandadas”.

Sostiene que la actividad de distribución de gas natural en jurisdicción del municipio se encuentra gravada como hecho generador del impuesto de alumbrado público, correspondiendo a la actividad de distribución ejecutada por cualquier empresa, regulada en su caso por el artículo 14.28 de la Ley 142 de 1994, sin incluir las actividades que se encuentran exentas de acuerdo con el Código de Petróleos y en atención a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 401 de 1997. Así, la tarifa aplicable, de acuerdo con dicha normatividad, es la de \$5.000.000.00 mensuales, a precios de 2004, indexados por el IPC a partir de enero de 2006, cada mes de enero.

* Que en atención a la vulneración de la Ley 242 de 1995, en cuanto se aplica al IPC y no a la meta de inflación como baremo para liquidar la tarifa del Impuesto de Alumbrado Público, acota que la parte actora se encuentra errada, toda vez que lo que efectivamente hizo el Municipio fue liquidarlo con el IPC, atendiendo a que la meta de inflación sólo procede como factor de reajuste para multas, valores catastrales, rangos, cuantías y cánones, y no para efectos tributarios, olvidando que en este caso el artículo 86 de la Ley 488 de 1998 dispuso en su párrafo primero no se aplica lo previsto en dicha Ley 242.

* Que en cuanto al cargo de violación de las normas que autorizaron el impuesto de alumbrado público, afirma que el legislador, en la Ley 97 de 1913 no hizo referencia alguna al elemento subjetivo o personal del contribuyente, ni a las características que éste debe tener. En consecuencia, el hecho generador de este impuesto debe ser igual para todas las empresas que se ubiquen en los municipios del país, independientemente de la actividad que éstas desarrollen, sin

que deban distinguirse las características especiales de determinados sujetos pasivos, por no tratarse de un tributo directo. 1 Expresa finalmente que el actor no prueba la mencionada violación, quedando adecuadamente sustentada la soberanía tributaria de los entes territoriales.

* En cuanto a la violación de la prohibición legal de gravar con impuestos municipales la actividad de distribución y transporte de gas natural, expone la demandada que la sociedad actora entra en confusión normativa, toda vez que las normas del Código de Petróleos, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y 27 de la Ley 141 de 1994 dispone la exención de impuestos de la exploración y explotación de petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesiten para su beneficio, y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos; mas no la distribución de los mismos, que es la actividad económica gravada por la entidad demandada, la cual no se encuentra cobijada por la exención de la cual pretende gozar GASES DEL CARIBE.

* Respecto del cargo de violación del artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994 2 , en el cual se afirma que a la demandada se le aplican tarifas y bases gravables diferentes a otros usuarios que realizan actividades igualmente industriales y comerciales, no estando justificado este trato diferencial en ningún objetivo legalmente válido. En lo atinente a este cargo, la entidad demandada plantea que cuando la norma versa sobre la imposibilidad de las entidades territoriales para gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que no sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales y comerciales, la misma no estipula la tasación de dichas cargas tributarias, esto es, no explica que no puedan tener diferenciación respecto de otras, aunque ello implique aumentar el porcentaje aplicable gravando las diferentes actividades comerciales.

* Con relación al cargo de violación del principio constitucional de legalidad de los tributos, la demandada considera que a través de éste la actora no desvirtúa la legalidad de los actos administrativos objeto de la censura, toda vez que las Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 no establecen nada sobre este tributo de alumbrado público, y no contienen unos parámetros mínimos del mismo, siendo como lo es que este tema ha sido objeto de debate por parte del H. Consejo de Estado, estableciendo que los acuerdos municipales que fijan el tributo de alumbrado público son válidos en virtud del principio de autonomía tributaria, y que son los concejos municipales y no el congreso los llamados constitucionalmente a establecer los lineamientos y fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los mismos.

* En lo atinente al cargo de violación a los límites impuestos por la regulación del sector, sustentado en el hecho de que el municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento, expresa que el Municipio no está obligado a exponer los límites y parámetros establecidos por las resoluciones Nos. 43 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006 en las liquidaciones oficiales, pues no hay norma que lo disponga de esa forma; pero que en cualquier caso el municipio con todas y cada una de las normas referidas a

¹ Ver Sentencia C-504 de 2002. Dicho precedente versa sobre la autonomía tributaria de los entes territoriales, precisando que corresponde a los Concejos Municipales determinar los elementos de los tributos cuya creación autorizó la Ley 97 de 1913.

² "24.1. Los departamentos y municipios no podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones, o impuestos que no sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales o comerciales."

este tributo y con todos los parámetros y requisitos para fijar las directrices y elementos definitivos del tributo.

“Inexistencia del derecho sustantivo demandado por la accionante”

* Expresa que la primera pretensión está mal formulada en la medida que cada una de las liquidaciones oficiales contenidas en los actos acusados son diferentes en su contenido, lo único en que se iguala es la fecha de su expedición, desatendiendo las previsiones del artículo 162 No. 2. del C. P. A. C. A.

* Asimismo, sostiene que la segunda pretensión no comprende lo totalidad de lo dispuesto en la parte resolutive del acto administrativo demandado Resolución No. ALP2013-04-2 del 22 de abril de 2013, pues sólo se demandó la parte resolutive tercera, quedando por fuera la primera y segunda de la precitada resolución; se demandó fue la consecuencia, mas no la causa de la decisión administrativa.

* Igualmente, la tercera pretensión debe rechazarse, pues al negarse las dos primeras pretensiones, la misma suerte correría la tercera, en la medida que ésta fue impetrada como subsidiaria de las anteriores. Además, el apoderado judicial de manera imprecisa está demandando la existencia del silencio administrativo positivo por no resolverse el recurso de reconsideración interpuesto en contra de los actos acusados que contienen las liquidaciones demandadas. Asevera que respecto del silencio administrativo positivo no hay tal, toda vez que la administración efectivamente decidió el recurso de reconsideración de conformidad a la resolución No. ALP 2013 – 04-22.

* Respecto de la cuarta pretensión plantea que es consecuencia de las anteriores, por lo que solicita se despacha negativamente; de la quinta, expresa que deberá negarse por no estar obligado a devolver lo que le corresponde en derecho; y de la sexta, que se niegue por la razón que la entidad nunca actuó de forma temeraria o de mala fe.

“Inexistencia del Silencio Administrativo Positivo”

Como sustento propone que no puede invocarse la figura del silencio administrativo positivo y menos el negativo, en la medida que la entidad demandada resolvió el recurso de reconsideración impetrado mediante la Resolución No. ALP 2013-04-22; siendo esta figura una sanción para la actuación extemporánea o dilatoria de la administración en relación a los recursos interpuestos ante ella, lo cual no aplica en este caso. Afirma finalmente que la posibilidad de invocar en la demanda el reconocimiento en sede judicial de esta figura, es simplemente la garantía procesal que se le otorga al contribuyente para preservar que la figura del acto ficto a favor del mismo no sea inocua, en los casos en que por controversias surgidas a raíz de la decisión del recurso gubernativo, no sea posible solicitarla ante el ente fiscal.

“Innominadas o genéricas”

Expresa que en caso que el operador judicial encuentre probada alguna excepción, se le de aplicación al artículo 187 inciso 2° del C. P. A. C. A., y que se acceda a cualquiera de las excepciones, despachando negativamente las pretensiones de la demanda.

Pruebas recaudadas

Las pruebas aportadas por las partes y decretadas en la audiencia inicial llevada a cabo el 11 de febrero de 2014, fueron las siguientes:

Copia simple del Acuerdo 24 de 2004 de Pivijay.

Copia auténtica con constancia de notificación de los actos acusados (ALP-LQ-2013-0103-01; ALP-LQ-2013-0103-02; ALP-LQ-2013-0103-03; ALP-LQ-2013-0103-04 expedidas el 1 de marzo de 2013).

Copia auténtica del recurso de reconsideración interpuesto contra las liquidaciones oficiales anteriores.

Copia simple con constancia de notificación de la Resolución No. ALP-2013-04-22 de 22 de abril de 2013, por la cual se decidió el recurso de reconsideración interpuesto contra las liquidaciones oficiales objeto de esta demanda.

Copia del mandamiento de pago contenido en la Resolución No. AP-2013-0527-01.

Copia Acuerdo No. 15 de 3 de septiembre de 2004, del Concejo Municipal de Pivijay (fl. 169 a 170)

Copia acuerdo número 24 de 29 de noviembre de 2004, del Concejo Municipal de Pivijay, por medio del cual se precisan definiciones, hechos generadores, sujeto activo, sujeto pasivo, base gravable y estructuras tarifarias de la tasa de alumbrado público municipal y se dictan otras disposiciones.

Copias autenticadas de las resoluciones ALP-LQ-2013-103-01; ALP-LQ-2013-103-02; ALP-LQ-2013-103-03 y ALP-LQ-2013-103-04 del marzo 1 de 2013.

Copia autenticada del recurso de reconsideración contra los actos acusados (Resoluciones ALP-LQ-2013-103-01; ALP-LQ-2013-103-02; ALP-LQ-2013-103-03 y ALP-LQ-2013-103-04 del 1 de marzo de 2013).

Copia autenticada de la resolución ALP-2013-04-22 por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración impetrado contra las resoluciones ALP-LQ-2013-103-01; ALP-LQ-2013-103-02; ALP-LQ-2013-103-03 y ALP-LQ-2013-103-04 del 1 de marzo de 2013.

De igual manera se requirió al señor Alcalde Municipal de Pivijay, para que rindiera informe bajo la gravedad del juramento especificando en su jurisdicción, que personas han sido, fueron o son identificadas como sujetos pasivos del tributo de alumbrado público, en razón del hecho generador previsto en el numeral 7.8 del artículo 7 del acuerdo número 24 de 2004, el burgo maestro mediante oficio recibido en este Despacho el día 6 de febrero de 2014, señaló lo siguiente:

"1. Que conforme a lo dispuesto en el artículo séptimo (punto 7.8) del Acuerdo Municipal No. 24 del 29 de noviembre de 2004, los sujetos pasivos del Impuesto de Alumbrado Público, dentro de la categoría de DISTRIBUCIÓN DE GAS NATURAL EN JURISDICCIÓN DEL MUNICIPIO están gravados como contribuyentes.

2. En ejercicio de las normas legales y tributarias que nos obligan a ejercer el cobro coactivo de las rentas municipales, hasta la fecha y hasta una nueva revisión, hemos identificado como contribuyente en esa categoría a GASES DEL CARIBE S. A. E. S. P. Nit. 890.101.691-2.

3. No hemos incluido en ese listado a las empresas que realizan EXPLORACIÓN, EXPLOTACIÓN y TRANSPORTE, que se encuentran exentas de acuerdo con norma legal, sólo la DISTRIBUCIÓN que es una actividad distinta, regulada por la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios”.

Alegaciones

Durante el decurso de la audiencia fijada y adelantada para tal fin, tanto las partes como la señora Agente del Ministerio Público hicieron uso del lapso otorgado por el Despacho para presentar sus alegatos de conclusión, en los términos que a continuación se resumen:

Parte demandante: Reiteró los conceptos expresados en la demanda, se opuso a la prosperidad de los medios exceptivos propuestos por la parte demandada, y solicitó se accediera a los pedimentos de la demanda.

Parte demandada: Reiteró los conceptos expresados en la contestación de la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y solicitó al Despacho declarar probadas las excepciones propuestas.

Respecto del cargo denominado por la parte actora “Violación al debido proceso por violación del principio de imparcialidad, en razón de que fueron expedidos por el mismo funcionario los cuatro actos de liquidación y el acto de decisión del recurso de reconsideración interpuesto contra dichos actos de liquidación”, la apoderada de la parte demandada manifestó que no se violó el debido proceso, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 720 del E. T. el recurso de reconsideración debía ser interpuesto ante el mismo funcionario que profirió el acto administrativo acusado, y dado que en la entidad demandada no existe el cargo de Secretario de Hacienda, es el Tesorero Municipal al que le correspondería tal función, ya que entre sus funciones se encuentra la de lo atinente a la recaudación y cobro coactivo de los tributos, este último caso al que asistimos en esta oportunidad.

Asimismo, plantea que el recurso de reconsideración se asemeja al de reposición, debiendo entonces ser resuelto por el mismo funcionario que lo profirió, esto es, el Tesorero Municipal, competente para ello; y que el principio de la doble instancia, lo es ante lo contencioso administrativo, quien deberá negar las pretensiones de la demanda, pues la actora debió demandar en su oportunidad los actos administrativos que fijaron el impuesto de alumbrado público, que conservan su presunción de legalidad hasta que la Jurisdicción Contenciosa decida lo contrario.

Ministerio Público: Solicita al Despacho que, dados los hechos probados dentro del proceso, y de acuerdo a la normatividad aplicable, se dejen incólumes los actos administrativos acusados, pues considera que el Consejo Municipal de Pivijay tenía competencia para fijar los restantes elementos

del tributo, de igual manera porque la imposición del impuesto de alumbrado público con las tarifas fijadas por la autoridad competente resulta aplicable a la sociedad demandante, a más que el Tesorero Municipal acorde con el estatuto tributario territorial era el funcionario competente para adelantar el procedimiento de determinación e imposición del tributo y para desatar el recurso de reconsideración.

CONSIDERACIONES

Excepciones de mérito.

Antes de proceder a resolver respecto del fondo de la cuestión problemática, es preciso decidir respecto de las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.

Las excepciones denominadas "Inexistencia de motivo de ilegalidad, falta de motivación y desviación de poder en las actuaciones administrativas demandadas"; "Inexistencia del derecho sustantivo demandado por la accionante" e "Inexistencia del Silencio Administrativo Positivo", en criterio de este despacho no constituyen excepciones de mérito, sino simplemente argumentos defensivos encaminados a resaltar que los actos enjuiciados no se encuentran viciados de nulidad, por tal razón al exponer los fundamentos jurídicos de esta sentencia se abordará con detenimiento tales argumentos, pues en puridad lo plasmado por la parte demandada no refiere hechos o circunstancias diferentes a los que esboza la parte actora para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de esta última.

En efecto, tal como lo tiene averiguado la jurisprudencia contenciosa administrativa, parafraseando al procesalista JAIME AZULA CAMACHO, la excepción perentoria (de mérito):

"Se presenta cuando el demandado alega hechos diferentes de los propuestos o invocados por el demandante y que se dirigen a desconocer la existencia del derecho reclamado por éste, o bien, sin rechazarlo, oponerle circunstancias que tiendan a evitar su efectividad en determinado proceso. (...) es la propia razón del demandado que la opone a la invocada por el demandante. Es una especie de contraprestación, por constituir argumentos propios, basados en hechos diferentes, que tienden a dejar sin fundamento la pretensión del demandante.

Las excepciones perentorias, llamadas también de fondo y que pueden ser definitivas o temporales, están constituidas por hechos que i) desvirtúan las pretensiones, al ser demostrativos de la inexistencia del derecho alegado por el demandante, bien sea porque el mismo nunca surgió a su favor o porque habiendo existido, se extinguió; o ii) son demostrativos de que la reclamación del derecho resulta inoportuna, por estar sujeta a un plazo o condición que se no haya cumplido³".

Aclarado lo anterior corresponde al despacho abordar el examen del problema jurídico señalado al momento de fijar el litigio, para seguidamente pronunciarse frente a los cargos de nulidad propuestos, acotándose respecto de éstos últimos que aquellos que gocen de una misma fundamentación o guarden una estrecha conexión o se encuentren inescindiblemente ligados se examinarán de manera conjunta.

Problema jurídico

En cuanto al problema jurídico objeto de la presente litis, encuentra el Despacho que el mismo se contrae a determinar si las liquidaciones oficiales del impuesto al alumbrado público se encuentran ajustados a derecho, y en especial, A. Si el cobro del precitado impuesto es legal, teniendo en cuenta la actividad económica desempeñada por la parte demandante; B. Si el Municipio de Pivijay se encontraba facultado para establecer las tarifas y montos del impuesto al alumbrado público.

La respuesta a los anteriores interrogantes y que se constituye en la tesis que esbozará el despacho es que las liquidaciones oficiales del impuesto de alumbrado público están ajustadas a derecho, pues el tributo en mención es de creación legal y como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia contenciosa administrativa, los elementos del mismo pueden ser definidos por los Consejos Municipales, quienes tienen competencia entre otras cosas, para fijar su tarifa y atendiendo que el hecho generador de este lo es el ser beneficiario potencial del servicio de alumbrado público y no las actividades relacionadas con la exploración, explotación y transporte de hidrocarburos, no se predica entonces la prohibición de gravar con impuestos territoriales dichas actividades.

A continuación, al desatarse los cargos de nulidad propuestos por la parte actora se plasmarán los argumentos que sostienen la tesis prohijada por el despacho.

Primer cargo. Violación de la Ley 242 de 1995 por aplicación del IPC y no la meta de inflación para liquidar la tarifa del impuesto.

Se plantea en la demanda que las liquidaciones de aforo del impuesto de alumbrado público vulneran el artículo 3 de la Ley 242 de 1995, por cuanto en la determinación de los valores adeudados por Gases del Caribe S.A. E.S.P., se aplicó el índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas como factor de reajuste y no la meta de inflación tal como lo dispone dicha norma.

Por su parte, el municipio de Pivijay se opone a tal planteamiento señalando que el artículo 86 de la Ley 488 de 1998 dispuso en su parágrafo primero que no se aplica lo previsto en Ley 242 de 1995.

El despacho debe señalar que el cargo propuesto no está llamado a prosperar por lo siguiente:

El artículo 66 de la Ley 383 de 1997, unificó los procedimientos para la determinación, discusión e imposición de los tributos administrados por los entes territoriales al disponer la aplicación de las normas del estatuto tributario nacional, en ese sentido la norma citada señaló:

"Artículo 66. Administración y control. Los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicaran los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional".

Al examinar la exequibilidad de la citada disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-232 de 1998, señaló que la aplicación de las normas procedimentales establecidas en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional a las entidades territoriales, tiene como finalidad la unificación a nivel nacional del régimen procedimental, lo cual no excluye las reglamentaciones expedidas por las Asambleas Departamentales y por los Concejos Distritales y Municipales en relación con los tributos y contribuciones que ellos administran, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 300 y 313 de la Carta, acotó además que dicha disposición constituye cabal desarrollo y concreción del principio constitucional según el cual Colombia se organiza en forma de República unitaria, por lo que la autonomía no puede realizarse por fuera de la organización unitaria del Estado, razón por la cual, en aras de darle seguridad, transparencia y efectividad al recaudo, administración y manejo de los impuestos y contribuciones, compete al legislador fijar un régimen procedimental único, aplicable tanto a nivel nacional, como a tributos del orden local, y a manera de conclusión expuso que de conformidad con el ordenamiento superior, en caso de oposición o contradicción entre normas procedimentales fijadas por los entes territoriales con aquellas dispuestas por el legislador, prevalecen estas últimas, por lo que en consecuencia, los órganos competentes de las entidades territoriales deberán ajustar y modificar su normatividad para hacerla concordante con la señalada por la ley.

Huelga señalar que el artículo 59 de la 788 de 2002, apunta en el mismo sentido, al señalar lo siguiente:

"Artículo 59. Procedimiento tributario territorial. Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. Así mismo aplicarán el procedimiento administrativo de cobro a las multas, derechos y demás recursos territoriales. El monto de las sanciones y el término de la aplicación de los procedimientos anteriores, podrán disminuirse y simplificarse acorde con la naturaleza de sus tributos, y teniendo en cuenta la proporcionalidad de estas respecto del monto de los impuestos".

Debe anotarse que la Ley 242 de 1995, "Por la cual se modifican algunas normas que consagran el crecimiento del índice de precios al consumidor del año anterior como factor de reajuste de valores, y se dictan otras disposiciones", que según su artículo 1 "modifica las normas legales que tienen en cuenta el comportamiento pasado del Índice de Precios al Consumidor como factor de

reajuste de multas, valores catastrales, rangos, cuantías y cánones, y en su lugar establecer criterios que hacen referencia a la meta de inflación"; en su artículo 3 dispone que "El Gobierno Nacional así como las Administraciones Departamentales, Distritales y Municipales, al expedir normas que dispongan la actualización de valores sujetos a su determinación por disposición legal, tendrán en cuenta la meta de inflación como estimativo del comportamiento de los precios del año en que se aplican dichos valores. Lo anterior no excluye la posibilidad de tener en cuenta, adicionalmente factores diferentes al mantenimiento del valor real en la determinación del reajuste, factores éstos que deben ser expresados en la norma.

Para los cálculos que además involucren reajustes para años anteriores, al hacer la actualización del valor, se empleará la inflación correspondiente registrada por el Dane para el reajuste en cada uno de esos años, y se usará la meta de inflación para el reajuste del año en curso. Si el cálculo debe hacerse cada año se empleará cada vez la meta de inflación correspondiente, la cual se aplicará al valor determinado el año anterior sin corregir las diferencias entre la meta adoptada en ese año y la inflación registrada".

Por su parte, la Ley 488 de 1998 "Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales", establece en su artículo 86 lo siguiente:

"Artículo 86. Ajuste de valores absolutos expresados en moneda nacional en las normas de renta y ventas.

El artículo 868 del Estatuto Tributario quedará así:

"Artículo 868. Ajuste de valores absolutos expresados en moneda nacional en las normas de renta y ventas. Los valores absolutos expresados en moneda nacional en las normas relativas a los impuestos sobre la renta y complementarios, y sobre las ventas, se reajustarán anual y acumulativamente en el cien por ciento (100%) del incremento porcentual del índice de precios al consumidor para empleados, que corresponde elaborar al Departamento Administrativo Nacional de Estadística, en el período comprendido entre el primero (1º) de octubre del año anterior al gravable y la misma fecha del año inmediatamente anterior a este.

Antes del primero (1º) de enero del respectivo año gravable, el Gobierno determinará por Decreto los valores absolutos que regirán en dicho año, reajustados de acuerdo con lo previsto en este artículo y en el artículo siguiente.

Parágrafo 1o.- Para los efectos previstos en este artículo no se aplicará lo previsto en la Ley 242 de 1995.

Parágrafo 2o.- Los valores absolutos expresados en moneda nacional en las normas relativas al impuesto de timbre nacional, se reajustarán anualmente de acuerdo con lo previsto en el presente artículo y en el artículo 869 del Estatuto Tributario".

De las disposiciones anteriormente citadas, se tiene que el Municipio de Pivijay Magdalena, al establecer en el parágrafo del numeral 7.8 del artículo séptimo del Acuerdo número 24 del 29 de noviembre de 2004, que el reajuste del valor indicado en dicho numeral de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE a partir del primero de enero de 2006 y así sucesivamente cada primero de enero, no vulneró el contenido normativo del artículo 3 de la Ley 242 de 1995, entre otras razones, porque dicha disposición "no excluye la posibilidad de tener en cuenta, adicionalmente factores diferentes al mantenimiento del valor real en la determinación del reajuste" sino porque además, conforme lo establece claramente el parágrafo 1 del artículo 86 de la Ley 488 de 1998, en armonía con lo dispuesto en los artículos 66 de la ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002, entratándose de los tributos administrados por los entes territoriales, no resulta aplicable la Ley 242 de 1995; es más, aún si la Ley 488 de 1998 nada hubiese dicho al respecto, por ser esta última norma posterior se aplicaría de preferencia a aquella.

Debe indicar el despacho que al expedirse el parágrafo del numeral 7.8 del artículo séptimo del Acuerdo 24 del 29 de noviembre de 2004, el Concejo Municipal de Pivijay obró en estricta sujeción del mandato normativo contenido en el numeral 4 del artículo 313 de la Constitución Política, pues no hizo cosa diferente a regular el reajuste del impuesto de alumbrado público conforme al índice de precios al consumidor, tal como lo prevé el estatuto tributario nacional.

Finalmente, ha de acotarse que la parte actora pretende a través del enjuiciamiento de las liquidaciones de aforo del impuesto de alumbrado público y de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, actos administrativos de contenido particular y concreto, cuestionar la validez de una norma territorial de carácter general como lo es el Acuerdo número 24 del 29 de noviembre de 2004, sin que por demás hubiese deprecado pretensión alguna encaminada a que se anulara o por lo menos que se inaplicara dicho acto administrativo de contenido general, del cual dicho sea de paso no se tiene noticia en el expediente que hubiere sido suspendido o anulado por esta jurisdicción.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Violación al debido proceso por violación del principio de imparcialidad.

Al respecto la parte actora considera que el principio de imparcialidad fue vulnerado en el caso concreto, toda vez que el Tesorero Municipal de Pivijay fue el mismo funcionario que expidió las liquidaciones de aforo del impuesto de alumbrado público e igualmente fue quien resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra las mismas, estando comprometido su criterio.

Agrega que como que la decisión del recurso de reconsideración estaría viciada, ello aparejaría que no existió decisión frente al recurso dentro de los términos legales de manera que se configuraría el silencio administrativo positivo y debe entenderse que el recurso interpuesto fue favorable a GASES DEL CARIBE S.A E.S.P.

Frente a esta acusación el municipio de Pivijay guardó silencio en la contestación de la demanda; sin embargo, en su alegato de conclusión, explicó que conforme al artículo 720 del Estatuto Tributario el recurso de reconsideración debía ser interpuesto ante el mismo funcionario que profirió la liquidación de aforo, y dado que en la entidad demandada no existe el cargo de

Secretario de Hacienda, es el Tesorero Municipal al que le correspondería tal función, ya que entre sus funciones se encuentra la de lo atinente a la recaudación y cobro coactivo de los tributos. Asimismo, plantea que el recurso de reconsideración se asemeja al de reposición, debiendo entonces ser resuelto por el mismo funcionario que profirió el acto definitivo y que el principio de la doble instancia, lo es ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Para resolver este cargo, es necesario señalar que de la interpretación armónica de los artículos 6 y 122 de la Constitución Política, se desprende la existencia del principio de legalidad al cual están sujetas las autoridades administrativas, en virtud del cual los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello que la Constitución, la ley y los reglamentos le facultan; dicho en otros términos, las competencias administrativas, las cuales van de la mano de las funciones que hubieren sido asignadas, solo podrán ejercerse en la medida en que en el ordenamiento jurídico exista una norma que posibilite su ejercicio a determinado empleado público.

El artículo 720 del Estatuto Tributario Nacional, consagra la procedencia del recurso de reconsideración, entre otros, contra las liquidaciones oficiales, y señala que salvo norma expresa en contrario debe interponerse ante la oficina competente para conocer de los recursos tributarios de la administración de impuestos que hubiere practicado el acto recurrido y en caso que el acto hubiere sido proferido por el administrador de impuestos o sus delegados deberá interponerse ante el mismo funcionario que lo profirió; por su parte, el artículo 721 ibídem, señala que corresponde al Jefe de la Unidad de Recursos Tributarios, fallar los recursos de reconsideración contra los diversos actos de determinación de impuestos y que imponen sanciones, y en general, los demás recursos cuya competencia no esté adscrita a otro funcionario.

Como se explicó al analizar el primer cargo, para los efectos de la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio e imposición de los tributos administrados por las entidades territoriales, las leyes 383 de 1987 y 788 de 2002, buscaron unificar armonizar los procedimientos para ajustarlos a las normas del estatuto tributario nacional, sin que ello implique, como lo decantó la Corte Constitucional en la sentencia C-232 de 1998, un cercenamiento del principio de la autonomía territorial, pues ello no es incompatible con la posibilidad de que los Concejos o Asambleas estatuyan reglamentaciones relacionadas con los tributos y contribuciones administrados por los municipios o departamentos.

Debe acotar el despacho que el Consejo Municipal de Pivijay, en los términos señalados en el numeral 4 del artículo 313 de la Constitución, tiene plena competencia, entre otras cosas, para dictar el Estatuto Tributario Municipal, el cual dicho sea de paso no se allegó al plenario por la parte actora, ni solicitó que se ordenara su incorporación al expediente, pese a tratarse de una norma de alcance no nacional que requiere de prueba de su existencia, lo cual en principio permitiría señalar que tal falencia impediría el examen del cargo planteado pues este se fundamenta en la competencia o no del Tesorero Municipal para formular las liquidaciones de aforo y desatar los recursos procedentes contra la misma; sin embargo, como tal normatividad (Acuerdo 018 del 17 de diciembre de 2013 emanado del Concejo Municipal de Pivijay) figura alojada en la página web de ese ente territorial, como se constata en el link <http://www.pivijay-magdalena.gov.co/apc-aa-files/33306663326635656232303463316632/018-acuerdo-estatuto-tributario.pdf>, ese obstáculo resulta removible aplicando para el efecto el artículo 167 de la Ley 1437 de 2011.

Pues bien, al examinar dicha normatividad referente a las competencias de la Tesorería Municipal, observa el despacho lo siguiente:

En el artículo 401 se asigna a la Tesorería General facultades de fiscalización e investigación para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias, atribuyéndosele, entre otras funciones la de *"Verificar la exactitud de las declaraciones tributarias, la existencia de hechos gravables y el cumplimiento de las obligaciones formales, mediante requerimientos de información o inspecciones tributarias, en las cuales se podrán utilizar cualquiera de los medios de prueba regulados por la ley, con observancia de las formalidades que le sean propias", "Citar o requerir a contribuyentes o responsables, y a terceros relacionados con sus operaciones, para que declaren o rindan informe sobre hechos económicos que incidan en la determinación de sus impuestos" y "En general efectuar todas las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los impuestos, facilitando al contribuyente la aclaración de toda duda u omisión que conduzca a una correcta determinación"*; en el artículo 405, se le atribuye a la Tesorería General Municipal competencia para *"proferir los requerimientos especiales, los pliegos y traslados de cargos o actas, los emplazamientos para corregir y para declarar y demás actos de trámite en los procesos de determinación de impuesto y retenciones, y todos los demás actos previos a la aplicación de sanciones con respecto a las obligaciones de informar, declarar y determinar correctamente los impuestos y retenciones"*; en el artículo 406 se le atribuye competencia para *"proferir las ampliaciones a los requerimientos especiales, las liquidaciones de revisión, corrección y aforo; la adición de impuestos y demás actos de determinación oficial de impuestos y retenciones así como la aplicación y reliquidación de las sanciones por extemporaneidad, corrección, inexactitud, por no declarar, por libros de contabilidad, por no inscripción, por no expedir certificados, por no informar, la clausura de establecimientos; las resoluciones de reintegro de sumas indebidamente devueltas así como sus sanciones y en general, aquellas sanciones cuya competencia no esté adscrita a otro funcionario y se refiera al cumplimiento de las obligaciones de informar, declarar y determinar correctamente los impuestos y retenciones"*.

En el artículo 409 se dispone que *"En uso de las facultades de determinación oficial del tributo, la Tesorería General podrá expedir las liquidaciones oficiales de corrección, revisión, corrección aritmética y aforo, de conformidad con lo establecido en los siguientes artículos"*; en el artículo 428 se establece que *"Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias, estando obligados a ello serán emplazados por la Tesorería General Municipal, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término de un (1) mes, advirtiéndoseles de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión"*; y en el artículo 430 se dispone que *"Agotado el procedimiento previsto en los artículos 375, 428 y 429 de este estatuto, la Tesorería General Municipal, podrá dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, determinar mediante una liquidación de aforo, la obligación tributaria al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que no haya declarado"*.

Frente a los recursos procedentes, el funcionario ante el cual deben interponerse y la competencia para su decisión, los artículos 433 y 434 establecen:

"ARTÍCULO 433. RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales de este Acuerdo, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan, sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Tesorería General Municipal, procede el recurso de reconsideración.

El Recurso de reconsideración, salvo norma expresa en contraria, deberá interponerse ante la Tesorería General Municipal, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación del acto respectivo".

"ARTICULO 434. COMPETENCIA FUNCIONAL DE DISCUSIÓN. Corresponde a la Tesorería General Municipal, fallar los recursos de reconsideración contra los diversos actos de determinación de impuestos y que imponga sanciones, y en general, los demás recursos cuya competencia no esté adscrita a otro funcionario.

Corresponde a la Tesorería General Municipal, sustanciar los expedientes, admitir o rechazar los recursos, solicitar pruebas, proyectar los fallos, realizar los estudios, dar conceptos sobre los expedientes y en general, las acciones previas y necesarias para proferir los actos de competencia de ésta Dependencia".

Surge de la confrontación de las normas del Estatuto Tributario Municipal, que la Tesorería General Municipal es la competente no solo para proferir las resoluciones o liquidaciones de aforo, sino que además corresponde a dicha dependencia desatar los recursos de reconsideración que se interpongan, ante tal situación debe entonces reconocerse que el Tesorero Municipal de Pivijay Magdalena, obró en estricta sujeción del principio de legalidad plasmado en los artículos 6 y 122 de la Constitución, pues fue el propio Concejo Municipal, quien expidió el Estatuto Tributario territorial asignándole competencia a dicho funcionario y no a otro para adelantar en su totalidad el procedimiento de determinación, discusión e imposición del tributo, reglas de competencia que pese a ser conocidas por la sociedad demandante no han sido cuestionadas, puesto que ningún reparo se ha efectuado a las disposiciones del Estatuto Tributario Territorial ya que no se solicitó ni la nulidad o la inaplicación de los artículos 433 y 434 citados.

En cuanto al supuesto desconocimiento del principio de imparcialidad, ha de decirse entonces que son las propias reglas de competencia fijadas en el Estatuto Tributario Territorial las que han radicado en cabeza de un mismo funcionario las competencias para efectuar las liquidaciones de aforo y el recurso de reconsideración que procede contra la misma, por lo que se concluye que el recurso de reconsideración que en la forma como está regulado en el Estatuto Tributario Nacional ha sido asimilado por la jurisprudencia al recurso de apelación, en el Estatuto Tributario del Municipio de Pivijay, más bien se asimila al recurso de reposición. Esta divergencia entre uno y otro estatuto se explica porque el artículo 67 de la Ley 6 de 1992 modificó el artículo 720 del E.T., al hacer alusión únicamente al recurso de reconsideración, mientras que en el artículo 722 aún se sigue refiriendo a los recursos de reconsideración y reposición.

Huelga señalar que el precedente jurisprudencial citado por la parte actora en la demanda no resulta aplicable al subexamine, en atención a que las circunstancias fácticas de uno y otro caso son totalmente disimiles, en el examinado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia fechada 10 de mayo de 2012, expediente 250002327000200700256-01 (17450), la demanda estaba dirigida contra la DIAN entidad que dada su estructura organizacional posibilitaba la tramitación del procedimiento por varios funcionarios, pues la actuación en etapa de investigación la inició la División de Fiscalización que formuló requerimiento especial, la etapa de determinación la desarrolló la División de Liquidación quien profirió la liquidación oficial de revisión, en tanto que la etapa de discusión se surtió ante la División Jurídica la cual resolvió el recurso de reconsideración formulado contra la liquidación oficial de revisión; en cambio en el subjuice las etapas de investigación, determinación y discusión están radicadas en una sola dependencia: La Tesorería General Municipal de Pivijay.

Precisamente, por la estructura organizacional de la DIAN es posible que la etapa de determinación y la de discusión del tributo se radique en funcionarios diferentes y de allí que exista una verdadera doble instancia, en la cual obviamente debe efectivizarse el principio de imparcialidad, cosa que no ocurrió en el caso examinado por la Sección Cuarta, donde un mismo funcionario intervino en las dos etapas, pero debe tenerse en cuenta que la citada Alta Corporación no anuló los actos demandados por esa simple circunstancia, sino por el hecho de que la parte actora no pudo efectivizar su derecho a recusar al funcionario que había conocido del asunto en etapa anterior, porque solo se tuvo conocimiento de la existencia de la causal de recusación justo con la expedición del acto que resolvió el recurso de reconsideración, de allí que en la sentencia se afirme que la parte actora no convalidó la actuación irregular al señalar: *"Por tanto, es razonable inferir que la parte actora se dio cuenta de la violación del debido proceso, por violación del principio de imparcialidad, cuando el funcionario público que debió manifestar el impedimento dentro del término a que alude el artículo 30 del C.C.A., firmó la resolución. Por eso, también es razonable inferir que la parte actora no pudo controvertir la irregularidad procesal dentro de la actuación administrativa, sino con ocasión de la demanda. En esa medida, la irregularidad no debe entenderse saneada por el hecho de que la parte actora no haya formulado la recusación"*.

En el caso que hoy ocupa la atención de este despacho, no puede aceptarse que la sociedad demandante no conocía que el Estatuto Tributario Municipal de Pivijay radicaba en cabeza de un mismo funcionario el proceso de investigación, determinación y discusión del tributo, por manera que si consideraba que el Tesorero Municipal de Pivijay incurriría en violación del principio de imparcialidad, tenía oportunidad a lo largo de la actuación administrativa de recusarlo antes que éste procediera a desatar el recurso de reconsideración, pero como no lo hizo convalido todo lo actuado por éste, pues el inciso final del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil frente a los impedimentos y recusaciones establece lo siguiente: *"La actuación del funcionario, anterior a la recusación propuesta o a su declaración de estar impedido, es válida"*, aceptar una conclusión contraria, sería tanto como desconocer el principio general del derecho *"nemo auditur propriam turpitudinem allegans"*, según el cual nadie puede sacar ventaja de la propia incuria.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Tercer cargo. Por estar íntimamente relacionados se examinarán bajo una misma cuerda los siguientes cargos:

Violación del principio constitucional de legalidad de los tributos

Al respecto la parte actora considera que se determinó e impuso el impuesto de alumbrado público, a pesar de que los elementos estructurales del tributo no fueron y no han sido definidos por el legislador, lo que conlleva la ilegalidad de dichos actos de determinación oficial del tributo.

El Municipio de Pivijay se opone a dicho cargo argumentando que el Consejo de Estado ha señalado que los acuerdos municipales que fijan el tributo de alumbrado público son válidos en virtud del principio de autonomía tributaria, y que son los concejos municipales y no el congreso los llamados constitucionalmente a establecer los lineamientos y fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de los mismos.

Violación a los principios constitucionales de equidad, igualdad y capacidad contributiva, y consecuente violación subsidiaria al "principio de legalidad", debido a la forma en que las cuatro liquidaciones oficiales demandadas determinaron el impuesto de alumbrado público a cargo de Gases del Caribe.

Sustenta lo anterior, en el hecho de que los hechos y bases por los cuales se grava a la demandante mediante los actos acusados no se compadecen con la magnitud económica del hecho imponible del tributo de alumbrado público, que en su criterio consiste en la prestación de dicho servicio, en virtud de que la infraestructura que detenta la sociedad demandante es un hecho que en sí mismo considerado en nada se relaciona con el servicio de alumbrado público, que es el hecho imponible de ese impuesto, ni tiene semejanza alguna con su naturaleza, razón por la cual no puede tomarse ello como magnitud de éste.

El ente territorial se opone a la prosperidad del cargo al considerar que la Ley 97 de 1913 no hizo referencia alguna al elemento subjetivo o personal del contribuyente, ni a las características que éste debe tener, por ello estima que el hecho generador del impuesto debe ser igual para todas las empresas que se ubiquen en los municipios del país, independientemente de la actividad que éstas desarrollen, sin que deban distinguirse las características especiales de determinados sujetos pasivos, por no tratarse de un tributo directo.

Violación a los límites impuestos por la regulación del sector.

Afirma la parte actora que el ente territorial vulnera lo dispuesto en la Resolución CREG número 43 de 1995, pues ésta dispone que el Municipio no podría recuperar más de los usuarios de lo que paga por el servicio, incluyendo expansión o mantenimiento, pues en los actos acusados, con la motivación insuficiente e indebida, no es posible determinar si el Municipio acató o no estas normas superiores a las que está sujeto, por lo que la liquidación realizada debe declararse nulo, dado su falta de evidencia sobre su sujeción a los límites precitados.

La parte demandada expresa que no está obligado a exponer los límites y parámetros establecidos por las resoluciones número 43 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006 en las liquidaciones oficiales, pues no hay norma que lo disponga de esa forma; pero que en cualquier caso el municipio con todas y cada una de las normas referidas a este tributo y con todos los parámetros y requisitos para fijar las directrices y elementos definitivos del tributo.

Para resolver los tres cargos conjugados en uno solo, debe el despacho referirse a la normatividad aplicable, así:

En materia tributaria, la Constitución de manera clara dispone que:

"ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)...

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración".

"ARTICULO 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".

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)...

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales".

"Artículo 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”.

Las anteriores disposiciones constitucionales fijan de manera general las pautas que deben seguir las entidades territoriales para imponer tributos, dando lugar a la consagración del principio de legalidad, en virtud del cual deben ser definidos claramente los sujetos activos y pasivos, los hechos generadores, las bases gravables y las tarifas del tributo creado. Ahora bien, pese a que dicho compendio normativo no deja lugar a dudas sobre la existencia del principio de autonomía fiscal de los entes territoriales, tal como lo ha decantado la Corte Constitucional ésta no es absoluta, pues se encuentra delimitada por la Constitución y la ley.

En la sentencia C-121 de 2006, la Corte Constitucional se refirió a la evolución del principio de autonomía fiscal territorial, así:

"4.6. Como puede apreciarse, paulatinamente la jurisprudencia vertida en torno del asunto de las competencias tributarias concurrentes del legislador y de las asambleas y concejos ha ido avanzando de la siguiente manera: (i) inicialmente la Corte hizo ver que la autonomía impositiva de los entes territoriales se encontraba subordinada tanto a la Constitución como a la ley. (Sentencias C-004 de 1993 y C-467 de 1993, entre otras); (ii) más adelante señaló que aunque la facultad de las asambleas y concejos para imponer contribuciones no era originaria, sino que estaba subordinada a la Constitución y a la ley, las entidades territoriales gozaban de autonomía, tanto para la decisión sobre el establecimiento o supresión de impuestos de carácter local, autorizados en forma genérica por la ley, como para la libre administración de todos los tributos que hicieran parte de sus propios recursos (Sentencia C-506 de 1995 entre otras); (iii) posteriormente, la jurisprudencia sostuvo que los elementos del tributo podían estar determinados no sólo en la ley sino también en las ordenanzas departamentales o en los acuerdos municipales, de manera que al no señalar el legislador directamente dichos elementos, bien podían en forma directa hacerlo las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales o Municipales (Sentencia C-537 de 1995, entre otras); (iv) Sostuvo luego la Corporación en la Sentencia C-1097 de 2001 que 'mientras en los tributos de linaje nacional el Congreso goza de poderes plenos, en lo tocante a los tributos territoriales su competencia es compartida con las asambleas y concejos'; y en la Sentencia C-227 de 2002 precisó que las leyes que tan solo autorizan a establecer tributos a las entidades territoriales, solo debían ocuparse de los elementos básicos de los tributos. (v) Por último, en Sentencia C-538 de 2002 la Corte consideró que si bien era cierto que en relación con los tributos

nacionales el legislador debía fijar todos los elementos, esto es, sujeto activo, sujeto pasivo, hechos y bases gravables y tarifas, también lo era que 'frente a los tributos territoriales el Congreso no puede fijar todos sus elementos porque estaría invadiendo la autonomía de las entidades territoriales'; empero, en este caso el legislador puede 'señalar ciertas pautas, orientaciones y regulaciones o limitaciones generales', para el ejercicio de la facultad impositiva territorial".

Más recientemente, en la sentencia C-035 de 2009, frete al mismo tema, expuso:

"En conclusión, la jurisprudencia viene orientándose en el sentido de admitir que la autonomía tributaria de los entes territoriales exige al legislador reservar un espacio para el ejercicio de sus competencias impositivas, de manera que el Congreso no puede determinar todos los elementos de la obligación tributaria, porque produciría un vaciamiento de las facultades de las asambleas y concejos. Ahora bien, aunque la determinación por los entes territoriales de los elementos de la obligación tributaria debe llevarse a cabo siguiendo unas pautas mínimas fijadas por el legislador, la Corte ha considerado expresamente que 'la fijación de los parámetros básicos implica reconocer que ese elemento mínimo es la autorización que el legislador da a las entidades territoriales para la creación del tributo.'⁴ (Negrillas fuera del original). En otras palabras, la jurisprudencia ha aceptado que la sola autorización del tributo constituye un parámetro mínimo constitucionalmente aceptable, a partir del cual puede admitirse que las ordenanzas y los acuerdos puedan fijar los elementos de la obligación tributaria. Sin embargo, también ha puesto de presente que 'debido a que la identidad del impuesto se encuentra íntimamente ligada al hecho gravable, es claro que la ley debe delimitar los hechos gravables que son susceptibles de ser generadores de impuestos territoriales'⁵".

Así las cosas, la jurisprudencia ha admitido que los elementos de la obligación tributaria sean determinados por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, pero dentro de unos parámetros mínimos que deben ser señalados por el legislador. Estos parámetros mínimos, según se desprende de la jurisprudencia, son dos: (i) la autorización del gravamen por el legislador, y (ii) la delimitación del hecho gravado con el mismo."

Entrándose del impuesto de Alumbrado Público, este fue creado por el artículo primero de la Ley 97 de 1913, en el cual se dispuso que:

⁴ Sentencia C-1043 de 2003.. Negrillas fuera del original

⁵ Sentencia C-992 de 2004.

"El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; 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:

(...)

d) Impuesto sobre el servicio de alumbrado público".

Posteriormente el artículo 1 de la 84 de 1915, hizo extensivo a los restantes municipios el impuesto de alumbrado público, al establecer:

"Los Concejos Municipales tendrán las siguientes atribuciones, además de las que les confiere el artículo 169 de la Ley 4 de 1913.

a). Las que le fueron conferidas al Municipio de Bogotá por el artículo 1 de la Ley 97 de 1913, excepto la de que trata el inciso b) del mismo artículo, siempre que las Asambleas Departamentales los hayan concedido o les concedan en lo sucesivo dichas atribuciones".

En sentencia C-504 de 2002 la Corte Constitucional, al pronunciarse frente a la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 97 de 1913, explicó que el Congreso tenía la potestad exclusiva para fijar todos los elementos de los tributos de carácter nacional, sin embargo, tratándose de los tributos territoriales el Congreso mediante ley debía 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, respetando la competencia de las asambleas y concejos municipales para fijar los demás elementos impositivos.

Huelga señalar que la Sección Cuarta del Consejo de Estado venía sosteniendo la tesis según la cual el sujeto activo del impuesto de alumbrado público era el respectivo municipio y el hecho generador de dicho tributo lo era ese servicio público, sin embargo ese concepto resultaba vago e impreciso, razón por la cual a partir de la sentencia fechada 16 de julio de 2008 expediente 16170, a pesar de reconocer que tanto la CREG mediante resolución 043 de 1995 como el gobierno nacional en el artículo 2 del Decreto 2424 de 2006 pretendieron precisar el concepto de servicio de alumbrado público, tales definiciones no permitían establecer con certeza el hecho generador del tributo, por lo cual concluyó que no sería la ley sino cada Concejo Municipal el que crearía el tributo instituyéndose una autonomía fiscal con la cual éstos no cuentan, con fundamento en lo anterior se venía declarando la nulidad de los acuerdos que establecía este tributo; sin embargo, la Sección Cuarta mediante sentencia del 9 de julio de 2009 proferida dentro de la radicación número 17001233100020060040402(16544), rectificó la posición que venía sosteniendo, y desde esa en adelante, de manera pacífica ha venido acogiendo la tesis esbozada por la Corte Constitucional según la cual creado el tributo o autorizada su implantación por parte de la ley, en el evento de que ésta no se haya ocupado de definir todos los presupuestos objetivos del gravamen y por ende del señalamiento de los elementos esenciales de identificación y cuantificación, corresponde directamente a las respectivas corporaciones de elección popular, efectuar las previsiones sobre el particular, de igual manera consideró que si la obligación

tributaria tiene como finalidad el pago de una suma de dinero, ésta debe ser fijada en referencia a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se derive de él, o que se relacione con éste.

Habiéndose efectuado las anteriores precisiones, el despacho considera que los cargos de nulidad propuestos no están llamados a prosperar, pues tal como lo ha decantado recientemente la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia fechada 19 de enero de 2012. expediente número 760012331000200800467-01 (18648 de 2012), en la cual se reitera la línea jurisprudencial adoptada a partir de la sentencia fechada 9 de julio de 2009, los Concejos Municipales no vulneran el principio de legalidad tributaria al consagrar en los correspondientes acuerdos los restantes elementos del impuesto de alumbrado público, entre estos las tarifas, de tal manera que siendo ese el precedente jurisprudencial vigente y dado que el suscrito funcionario no encuentra motivos fundados para apartarse del mismo, no queda salida diferente a adoptar tal posición, la cual ha sido desarrollada en la sentencia citada de la siguiente manera:

"Por su parte esta Sala, igualmente, ha realizado planteamientos sobre la potestad impositiva de los entes territoriales y la facultad para establecer los elementos del impuesto de alumbrado público. Con fundamento en la doctrina judicial expuesta, se concluye que: 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 tener referencia con el hecho imponible, o que se derive de él, o se relacione con éste. El artículo 1º 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 1º 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 Dagua podía determinar los elementos del impuesto de alumbrado público. En ese contexto es claro que el Acuerdo Municipal No. 18 del 8 de diciembre de 2006, fue expedido por el Concejo Municipal de Dagua, en ejercicio y con observancia de las facultades constitucionales y legales, en especial, en desarrollo del principio de legalidad tributaria emanado del artículo 338 de la Constitución Política."

(...)

"La base gravable del impuesto ha sido distinguida como el aspecto cuantitativo del hecho gravado, descriptor de un parámetro a través del cual puede expresarse la magnitud de aquél en valores económicos que deben ser establecidos por procedimientos especiales para cada caso.

Ante todo, la base gravable muestra el resultado de una serie de procesos jurídicos en cuanto parte de la identificación del hecho generador, y económicos, porque permiten tratar valores con los que pueden cuantificarse cifras generalmente monetarias o, se repite, la magnitud del hecho gravado. Como tal, la base gravable debe corresponder a la realidad que constituye el hecho generador, de manera que su regulación legal o territorial puede no contener una medición concreta, sino las reglas a partir de las cuales se dimensiona la cuantía de la obligación tributaria con la aplicación de indistintos métodos de determinación. A partir de esta noción, surgen los conceptos de base gravable normativa, como el conjunto de reglas legalmente establecidas para medir la intensidad de la realización del hecho generador, y base gravable fáctica, como la magnitud que expresa la intensidad de la realización en un supuesto dado. Los métodos de determinación que fijan la cuantía de los tributos y las reglas aplicables al objeto de medición, son los de estimación directa, que extrae la mayor cantidad de datos de la realidad para medir la capacidad económica; estimación objetiva, en el que se renuncia al parámetro exacto de realidad de forma que sus datos se sustituyen por otros contruados a partir de modelos, coeficientes, etc. para ciertos sectores, actividades u operaciones, de modo que la base resultará de la aplicación de esos índices, módulos o datos, normativamente establecidos; y, el método de determinación indirecta, aplicable cuando no se puede establecer la base gravable con los dos métodos anteriores, de cara al incumplimiento de los deberes formales del sujeto pasivo, tomándose éste como hecho indiciario de la realidad que el sujeto pasivo no ha querido dar a conocer. Ahora bien, sobre la base gravable se aplica la tarifa como elemento que permite calcular la cuota con que el sujeto pasivo debe contribuir al pago del impuesto para el financiamiento de las cargas públicas. En términos generales, ese factor de medición de la base gravable o, si se quiere, de liquidación particular, puede ser fijo o variable, ya sea que se exprese en una determinada suma de dinero, ora que se comprenda entre un máximo y un mínimo ajustado a la magnitud de la base gravable. 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). En el impuesto de alumbrado público, "el contenido económico" inmerso en el hecho generador y la "capacidad contributiva" del potencial usuario no es evidente, y, por lo mismo, los entes territoriales acuden a distintas fórmulas que, por supuesto, deben referir a una dimensión ínsita en el hecho imponible, que se deriven de él, o se relacionen con éste. Desde esta perspectiva, se ha considerado que no se vulnera el artículo 338 de la Carta Política, en tanto las tarifas sean razonables y proporcionales con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, sin desconocer que la determinación de los

costos reales y su redistribución entre los potenciales usuarios no es uniforme en la práctica, dadas las condiciones particulares de cada entidad territorial. Según las premisas anteriores vistas desde la perspectiva de los cargos de nulidad, no advierte la Sala ningún vicio que invalide los artículos 2º y 3º del acuerdo municipal demandado, pues la categorización del sector de actividades económicas específicas y el sector especial, es en principio, un parámetro de medición admisible para establecer la base gravable del impuesto respecto de tales sujetos pasivos, por tener ellos una condición distinta a la de los demás usuarios potenciales receptores del servicio de alumbrado público. Cabe pues la diferenciación que ciertamente integra las dimensiones propias del hecho imponible”.

La jurisprudencia citada es clara en señalar en tanto las tarifas sean razonables y proporcionales con respecto al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, atendiendo que la determinación de los costos reales y su redistribución entre los potenciales usuario en la práctica no es uniforme, "la categorización del sector de actividades económicas específicas" se constituye en un parámetro admisible para la fijación de la base gravable respecto de dichos sujetos pasivos que poseen una condición diferente a los demás usuarios potenciales del servicio.

Frente a la pregonada violación a los límites impuestos por la regulación del sector, a más de los anteriores argumentos, debe señalar el despacho que en la formulación del cargo la parte actora pretende invertir la carga de la prueba como si correspondiese a ella desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos demandados.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante la Resolución 043 de 1995, reguló el recaudo del impuesto y previó cierta limitación, al señalar en el parágrafo 2 del artículo 9 que: "El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento".

En consecuencia, en tanto sea razonable y proporcional la tarifa del impuesto, frente al costo que demanda prestar el servicio a la comunidad, no se vulnera el ordenamiento jurídico superior.

Ahora bien, el Acuerdo 24 del 29 de noviembre de 2004, en el numeral 7.8 del artículo séptimo no fija una base gravable ni una tarifa del impuesto de alumbrado público, sino que regula un impuesto fijo tasado en \$ 5.000.000, a pesar que este Acuerdo no suministra una explicación técnica que fundamentara la cuantía allí fijada, la parte actora tampoco suministró argumentos que permitan inferir que la misma no consulta la capacidad económica de Gases del Caribe S.A. E.S.P.

Huelga señalar que los sujetos pasivos del impuesto de alumbrado público pueden ser efectivos o potenciales, es decir, que se beneficien o no del servicio, sin importar la actividad económica que desarrollen, de tal manera que las empresas de gas pueden estar gravadas con el impuesto de alumbrado público, sea que reciban o no el servicio.

Finalmente debe indicar el despacho que la parte actora pretende a través del enjuiciamiento de las liquidaciones de aforo del impuesto de alumbrado público y de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, cuestionar la validez del Acuerdo número 24 del 29 de noviembre de

RAD. 47001333300100420130001600. MEDIO DE CONTROL: N Y R. TEMA: IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO VS IMPUESTO AL TRASPORTE DE HIDROCARBUROS COMPATIBILIDAD. DECISIÓN: *Se niegan las suplicas de la demanda y se condena en costas a la parte demandante.*

2004, sin que por demás hubiese deprecado pretensión alguna encaminada a que se anulara o por lo menos que se inaplicara dicho acto administrativo.

Por lo expuesto, los cargos no prosperan.

Cuarto cargo. Violación a la prohibición legal de gravar con impuestos municipales la actividad de distribución y transporte de gas natural.

Sobre este aspecto la parte demandante sostiene que el artículo 1 del Decreto 850 de 1965, el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 y el artículo 16 del Código de Petróleos impiden a la entidad demandada gravar con impuesto de alumbrado público a las empresas distribuidoras de gas natural por el solo hecho de ser tal y por tener infraestructura para ello.

El Municipio de Pivijay se opone a la prosperidad del cargo argumentando que la normas del Código de Petróleos, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y el artículo 27 de la Ley 141 de 1994 dispone la exención de impuestos de la exploración y explotación de petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesiten para su beneficio, y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos; mas no la distribución de los mismos, que es la actividad económica gravada por la entidad demandada.

Para resolver este cargo, el despacho acogerá el precedente sentado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la sentencia fechada 15 de noviembre de 2012, expediente número 700012331000200600890-03, Consejero Ponente doctor HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, que sobre el particular expuso:

"El artículo 16 del Código de Petróleos señaló taxativamente los bienes y actividades que se encuentran exentos de impuestos. Al efecto dispone:

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

El petróleo crudo y sus derivados obtenidos de las explotaciones establecidas de acuerdo con las Leyes 37 de 1931, Ley 160 de 1936 y del presente Código, quedan exentos de todo impuesto de exportación durante los primeros treinta (30) años de la respectiva explotación. El petróleo crudo colombiano quedará también exento, durante el mismo plazo de los primeros treinta (30) años de cada explotación, de cualquier impuesto de carácter especial que grave; ese producto exclusivamente.

Las exportaciones de petróleo no requerirán permiso escrito de la Oficina de Registro de Cambios, ni será obligatorio reintegrar al país la moneda extranjera proveniente de tales exportaciones; pero el Gobierno podrá

exigir, cuando así lo aconsejare la situación de la balanza de pagos, que se integre al país hasta la cuarta parte del producto de dichas exportaciones, reintegro que no tendrá gravamen alguno, siendo entendido que el reembolso al exterior de las sumas así integradas se autorizará por la Oficina de Registro de Cambios, exento del pago de todo impuesto, de acuerdo con lo establecido en este artículo.

La exención prevista en la anterior disposición, como lo precisó la Corte Constitucional⁶, tiene como fin esclarecer que sobre la explotación de recursos naturales no renovables se causan regalías cuyo beneficiario es el Estado por ser el propietario del subsuelo. Por eso, las entidades territoriales no pueden imponer otros gravámenes sobre esa actividad, sin perjuicio de la participación que la Constitución previó a favor de las entidades territoriales sobre parte de las regalías.

Así mismo, respecto de las otras actividades, como también lo precisó la Corte, la exención no se inmiscuye en los tributos propios de los municipios. Por eso, la regulación de impuestos sobre la propiedad de las empresas que ejecutan la actividad de explotación no vulnera ni la exención, ni la prohibición.

En aplicación del anterior criterio, se concluye que los apartes acusados de los artículos 178 y 179 del Acuerdo 008 de 2003, que fijaron la base gravable y la tarifa del impuesto de alumbrado público para las empresas cuyo sistema de transporte y/o distribución de gas natural de alta o baja presión atraviesa la jurisdicción territorial del Municipio de Santiago de Tolú, no violaron el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953, porque el referente a los "sistemas de transporte" no tiene como fin gravar la actividad de transporte y/o distribución de petróleo, sino hacer determinable el sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público. Es decir, no gravaron ninguna de las actividades o bienes a que se refiere el artículo 16 del Código de Petróleos".

Se suma a lo anterior, que el artículo 16 del Código de Petróleos no contiene un tratamiento tributario preferencial en relación con el impuesto sobre el servicio de alumbrado público, toda vez que el hecho generador del impuesto sobre el servicio de alumbrado público según el artículo 5 del Acuerdo 24 del 29 de noviembre de 2004, lo es el beneficio directo o indirecto del servicio de alumbrado público prestado en toda el área de la jurisdicción del municipio, mientras que la exención de los impuestos departamentales y municipales dispuesta por el citado artículo se refiere a "La exploración y explotación del petróleo, el petróleo que se obtenga, sus derivados y su transporte, las maquinarias y demás elementos que se necesitare para su beneficio y para la construcción y conservación de refinerías y oleoductos"; así pues no existe coincidencia en el hecho generador de uno u otro tributo.

⁶ Sentencia C-537 de 1998.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Decisión.

En atención a que ninguno de los cargos de nulidad invocados por la parte actora prosperó, las suplicas de la demanda serán negadas.

Ahora bien, tal como lo dispone el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, acogiendo el criterio objetivo previsto en el Código de Procedimiento Civil, se condena en costas a la Sociedad Gases del Caribe S.A E.S.P., por haber resultado vencida en juicio. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría se procederá a su tasación atendiendo lo señalado en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil y se incluirá en la misma las agencias en derecho que se fijará por medio de auto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Santa Marta, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

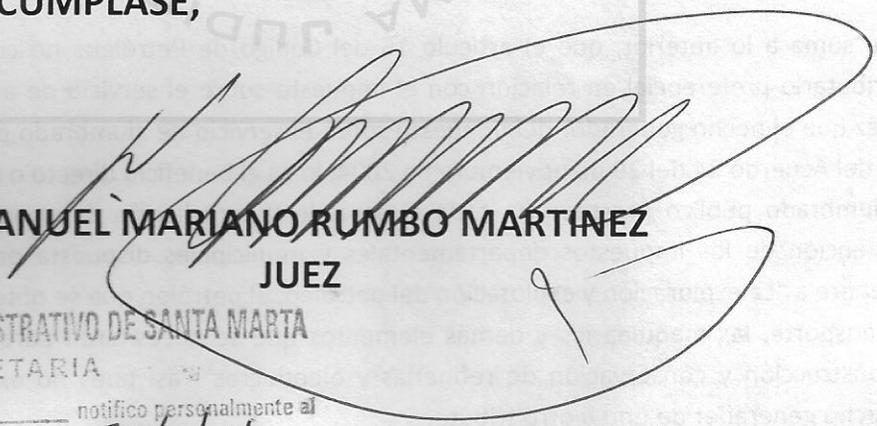
PRIMERO: Declarar imprósperas las excepciones propuestas por el Municipio de Pivijay Magdalena, por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Negar las suplicas de la demanda incoada por la sociedad Gases del Caribe S.A. E.SP.

TERCERO: Condenar en costas a la sociedad Gases del Caribe S.A. E.S.P. Tásense por Secretaría una vez ejecutoriada esta sentencia siguiendo los lineamientos previstos en el artículo 393 del C.P.C., inclúyanse en esta las agencias en derecho que se fijarán mediante auto.

CUARTO: En firme esta decisión archívese el expediente previas las anotaciones respectivas en el software de gestión Justicia Siglo XXI.

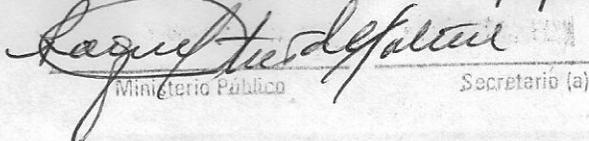
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


MANUEL MARIANO RUMBO MARTINEZ
JUEZ

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA
SECRETARIA

Hoy, 28/2/14 notifico personalmente al

Ministerio Público la providencia anterior 25/2/14


Ministerio Público Secretario (a)