

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Bogotá, D. C., quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

RADICADO: 470012333000201300134 01 (21360)

ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P.

DEMANDADA: MUNICIPIO DE PIVIJAY

ASUNTO: IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO

Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

I) ANTECEDENTES

Mediante el Emplazamiento para el pago No. AP 2012-11-01 del 1 de noviembre de 2012, la Tesorería Municipal de Pivijay exhortó al contribuyente a que pagara el impuesto de alumbrado público correspondiente a los períodos mayo a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012.

El 10 de diciembre de 2012, la citada Administración expidió las Liquidaciones Oficiales de Aforo Nos. ALP 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, 015 y 016, en las que se determinó el impuesto de alumbrado público a cargo de Gases del Caribe S.A. E.S.P. por los períodos gravables de mayo a diciembre de 2011 y de enero a agosto de 2012.

Contra los anteriores actos administrativos, la sociedad interpuso recurso de reconsideración, que fue resuelto por la Resolución No. 2012-02-20 del 20 de febrero de 2013, que confirmó el acto recurrido.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Gases del Caribe S.A. E.S.P., solicitó:

“1. Que se declare que son nulas las dieciséis liquidaciones oficiales contenidas en las Resoluciones Nos. ALP 001-12 a ALP 016-12, por las cuales esta entidad territorial liquidó el impuesto de alumbrado público a cargo del contribuyente GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P., correspondiente a las vigencias fiscales de los meses de mayo de 2011 a agosto de 2012. Estas dieciséis liquidaciones oficiales se identifican y resumen así:

Resolución No.	Período Gravable	Valor
ALP 001-12	Mayo de 2011	\$6.559.244.00
ALP 002-12	Junio de 2011	\$6.559.244.00
ALP 003-12	Julio de 2011	\$6.559.244.00
ALP 004-12	Agosto de 2011	\$6.559.244.00
ALP 005-12	Septiembre de 2011	\$6.559.244.00
ALP 006-12	Octubre de 2011	\$6.559.244.00
ALP 007-12	Noviembre de 2011	\$6.559.244.00
ALP 008-12	Diciembre de 2011	\$6.559.244.00
ALP 009-12	Enero de 2012	\$6.803.904.00
ALP 010-12	Febrero de 2012	\$6.803.904.00
ALP 011-12	Marzo de 2012	\$6.803.904.00
ALP 012-12	Abril de 2012	\$6.803.904.00
ALP 013-12	Mayo de 2012	\$6.803.904.00
ALP 014-12	Junio de 2012	\$6.803.904.00
ALP 015-12	Julio de 2012	\$6.803.904.00
ALP 016-12	Agosto de 2012	\$6.803.904.00

2. Que se declare que es nula la Resolución No. ALP 2012-02-20 del 20 de febrero de 2013, expedida por el municipio de Pivijay, Magdalena, que confirmó las liquidaciones oficiales contenidas en las resoluciones indicadas en la pretensión anterior.

3. En subsidio de las dos pretensiones anteriores, y en caso que únicamente se declare la nulidad del acto decisorio del 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 reconsideración interpuesto en contra de las Resoluciones Nos. ALP 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, 015 y 016 de 2012 que contienen las liquidaciones oficiales demandadas, en razón de que fue decretada la nulidad del acto que decidió dicho recurso.

4. Que como consecuencia de la prosperidad de cualesquiera de las peticiones 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, Magdalena, por concepto del tributo de alumbrado público causado por los períodos gravables de mayo de 2011 a agosto de 2012 y que, consecuentemente, se ordene: i) abstenerse de cobrarle a GASES DEL CARIBE S.A. E.S.P. el tributo de alumbrado público determinado por los actos demandados; y ii) archivar definitivamente la actuación administrativa respectiva.

5. 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 y/o indexación, ordenando dar aplicación, en lo que sea del caso, a los artículos 187, 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de

lo Contencioso Administrativo, respecto lo que en ellos se dispone para la ejecución de la sentencia.

6. 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 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación, dijo:

Violación de los artículos 6, 29, 121, 122 y 209 de la Constitución Política y 3 -numerales 1 y 3-, 11 numeral 2 del CPACA. Los actos demandados fueron expedidos por el mismo funcionario.

No es procedente que el funcionario que expidió las liquidaciones oficiales –Tesorero Municipal- sea el mismo que hubiere resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra las mismas, puesto que ello desconoce el derecho al debido proceso y el principio de imparcialidad.

Adicionalmente, infringe el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 que dispone que los funcionarios deben declararse impedidos en caso de haber conocido del asunto en oportunidad anterior, como sucede en el caso que nos ocupa.

La anterior situación evidencia la invalidez del acto que resolvió el recurso de reconsideración y, por ende, la configuración del silencio administrativo positivo.

Violación de los artículos 150-12, 287-3, 313-4 y 338 de la Constitución Política, 1 literal d) de la Ley 97 de 1913, 1 literal a) Ley 84 de 1915, y 32-6 de la Ley 136 de 1994. Legalidad del tributo.

Las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, que autorizaron el impuesto de alumbrado público, no fijaron los elementos de la obligación tributaria. Por tanto, esas normas son inaplicables y no pueden servir de fundamento a los municipios para adoptar el tributo.

Desde el año 2009, el Consejo de Estado ha fundamentado sus decisiones con el argumento de que el objeto imponible del tributo es el servicio de alumbrado público y el hecho generador es ser usuario potencial del servicio, lo que ha permitido que cada municipio establezca de forma diferente los elementos de la obligación tributaria.

Violación de los artículos 24.1. de la Ley 142 de 1994, 1 a 5 y 8 de la Ley 242 de 1995. Tarifa del impuesto.

El artículo 3 de la Ley 242 de 1995 dispone que cuando las autoridades deban expedir actos que requieran la actualización de valores, deben hacerlo aplicando la meta de inflación fijada por la autoridad para el año siguiente y/o el respectivo, pero no la inflación presentada en períodos anteriores.

Es decir, las autoridades tienen que utilizar la meta fijada por el Banco de la República para el año objeto de reajuste, y no el IPC pasado, certificado por el DANE sobre años anteriores.

No obstante lo anterior, los actos demandados determinaron la tarifa del impuesto de alumbrado público con fundamento en el IPC de años anteriores, sin tener en cuenta la meta de inflación como lo exige la Ley 242 de 1995.

Para el municipio, la Ley 242 de 1995 no es aplicable en materia tributaria sino el artículo 86 de la Ley 488 de 1998. Sin embargo, la Administración no tiene en cuenta que el citado artículo 86 solo se aplica para los impuestos sobre la renta y ventas, y no respecto de los tributos territoriales, como el impuesto al alumbrado público.

Violación del artículo 16 del Decreto 1056 de 1953, 1 del Decreto Reglamentario 850 de 1965, 27 de la Ley 141 de 1994. Prohibición legal de gravar con impuestos municipales la actividad de distribución y transporte de gas natural.

Los actos demandados gravan la actividad de transporte y distribución de gas natural que realiza la sociedad, no obstante que los artículos 16 del Decreto 1056 de 1953, 1 del Decreto Reglamentario 850 de 1965 y 27 de la Ley 141 de 1994, prohíben a las entidades territoriales establecer impuestos sobre esas actividades.

Violación de los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva en la determinación del hecho generador y la base gravable del tributo.

La Ley 97 de 1913 creó el impuesto de alumbrado como un tributo que grava la prestación del servicio de alumbrado público, y no la propiedad o posesión de un bien.

Por tanto, el hecho generador del impuesto debe ser igual para todas las empresas independientemente de la actividad que éstas desarrollen y los bienes e infraestructura que tengan.

No obstante lo anterior, el municipio impuso el impuesto de alumbrado público a Gases del Caribe S.A. E.S.P. por el solo hecho de ser una empresa de gas. Es decir, determinó el tributo en razón de los bienes que tiene en el municipio.

Los actos demandados, con fundamento en el Acuerdo 24 de 2004, liquidaron a la empresa el impuesto con una tarifa mayor a la aplicada a otros sujetos pasivos que, frente al hecho imponible del impuesto, están en iguales condiciones que la sociedad.

En conclusión, la infraestructura que tiene Gases del Caribe S.A. E.S.P. en el municipio de Pivijay, en nada se relaciona con el servicio de alumbrado público, que es el hecho imponible del impuesto.

Violación de las Leyes 142 y 143 de 1994, de la Resolución CREG 43 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006.

En los actos demandados no se puede verificar si el municipio de Pivijay cumple con el límite establecido en la Resolución CREG No. 43 de 1995 y en el Decreto 2424 de 2006, relativo a que esas entidades territoriales no pueden cobrar a los usuarios más de lo que pagan por el servicio, incluyendo mantenimiento y expansión. Por tanto, se encuentran viciados de falta de motivación.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Pivijay se opuso a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos:

El hecho de que las leyes creadoras del impuesto de alumbrado público no dispongan todos los elementos de la obligación tributaria no conduce a su inaplicabilidad, puesto que en virtud del principio de autonomía de los entes territoriales, corresponde a los concejos municipales determinar los elementos de los tributos territoriales autorizados en la ley.

En desarrollo de dicha facultades, el municipio puede establecer una estructura tarifaria diferente para los usuarios del servicio. Lo que no puede es disponer un tributo exclusivo para las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Conforme con el artículo 7.8. del Acuerdo No.24 de 2004, la actividad de distribución de gas natural que realice cualquier empresa en el municipio se encuentra gravada con el impuesto de alumbrado público.

La distribución de gas no está cobijada con la exención prevista en el Código de Petróleos, puesto que ese beneficio tributario solo recae sobre las actividades de exploración y explotación de petróleo y gas, su transporte, y maquinarias.

La Ley 242 de 1995 solo se aplica para el reajuste de multas, valores catastrales, rangos, cuantías y cánones, pero no para efectos tributarios. Por tanto, la norma que debe aplicarse es el artículo 86 de la Ley 488 de 1998 que regula el ajuste de valores en materia tributaria.

El municipio, con el impuesto, no recupera más de lo que paga por el servicio de alumbrado público, hecho que no fue desvirtuado por la parte demandante. Además, no existe norma que obligue a la entidad territorial a exponer en las liquidaciones oficiales del tributo dicha circunstancia.

En este caso no puede invocarse el silencio administrativo positivo en la medida en que la Administración resolvió el recurso de reconsideración mediante la Resolución ALP 2012-02-20.

Excepción:

Cargos infundados de la demanda. Los actos demandados no son ilegales ni están viciados de falsa motivación ni desviación del poder.

Inexistencia del derecho sustantivo demandado. La sociedad formuló de forma indebida las pretensiones de la demanda.

La pretensión primera agrupa las dieciséis liquidaciones oficiales del tributo a pesar de que son diferentes en su contenido.

La pretensión segunda no comprende la totalidad de la parte resolutive de la Resolución No. ALP 2012-02-20.

La pretensión tercera debe rechazarse en la medida en que fue instaurada como subsidiaria de las anteriores.

V) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante providencia del 16 de julio de 2014, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Las excepciones propuestas no tienen la virtualidad de enervar las pretensiones de la demanda sino que constituyen simples argumentos de defensa que se deben estudiar al desatar el fondo de la cuestión litigiosa.

De acuerdo con el Consejo de Estado¹, el hecho de que el mismo funcionario que expidió las liquidaciones oficiales hubiere decidido el recurso de reconsideración, no es motivo para declarar la nulidad de la actuación, porque la competencia para decidir dicho recurso no se determina por un orden jerárquico sino de acuerdo con la estructura propia de la Administración.

Además, la demandante no probó que el municipio contaba con la estructura orgánica para que el recurso pudiera ser decidido por un funcionario distinto.

El artículo 338 de la Constitución Política le otorgó autonomía a las entidades territoriales para fijar los elementos del tributo. Por tanto, el municipio tenía competencia para establecer los sujetos pasivos del tributo y fijar una tarifa basada en el IPC.

El municipio de Pivijay estableció el cobro del tributo con relación al servicio de energía eléctrica facturada a los sectores residenciales, comerciales, industriales y el oficial, lo cual se encuentra ajustado a la ley.

El municipio no establece el tributo sobre las empresas que distribuyen gas con la finalidad de gravar una de las actividades o bienes de que trata el artículo 19 del Código de Petróleos, sino para hacer determinable el sujeto pasivo del tributo.

El impuesto de alumbrado público no debe fundamentarse en un sistema y método para definir los costos ni la forma de hacer su reparto entre los diferentes sujetos pasivos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a la parte demandante en favor del municipio de Pivijay.

VI) EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

El municipio debió radicar en distintos funcionarios la competencia de expedir la liquidación oficial y de resolver el recurso de reconsideración, para evitar que se viole el principio de imparcialidad.

La Administración estaba facultada para establecer en cabeza de un funcionario de la Tesorería la función de expedir liquidaciones y asignar al Tesorero Municipal la decisión del recurso.

¹ Sentencia del 13 de octubre de 2011, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente No. 2009-35.

El Tribunal no se pronunció sobre la violación del artículo 11 numeral 2 del CPACA, que establece que los funcionarios deben declararse impedidos cuando hayan conocido del asunto en oportunidad anterior.

Al demandante no demostró que el municipio contaba con la estructura orgánica para decidir el recurso con un funcionario distinto, puesto que la sociedad no está obligada a conocer la estructura funcional de la Administración.

La Ley 242 de 1995 es una norma de carácter especial que regula el reajuste de valores que se prevean en los actos administrativos. Por tanto, los actos liquidatorios debieron aplicarla para ajustar la tarifa del tributo.

La autonomía tributaria de las entidades territoriales no es absoluta sino que tiene límites, como es el dispuesto en la Ley 242 de 1995, respecto del uso de la inflación y el IPC como factor de ajuste.

Cuando se toma el ejercicio de la actividad de transporte de gas natural como sustento para gravar a la sociedad, se está imponiendo el gravamen sobre la actividad misma, que es precisamente lo que prohíbe el artículo 16 del Código de Petróleos.

Es decir, a la sociedad se le grava por la actividad que ejerce en el municipio y no por ser usuario potencial del servicio de alumbrado público.

No es procedente la condena en costas impuesta a la demandante por cuanto el municipio de Pivijay no demostró que incurrió en gastos procesales.

VII) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

La demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos:

El apelante no demostró que el municipio contara con una estructura orgánica que permitiera que las liquidaciones oficiales y las resoluciones que resuelven el recurso de reconsideración fueran decididas por funcionarios distintos.

El municipio grava a las empresas que transportan gas en su jurisdicción, por el beneficio que perciben por el servicio de alumbrado público.

La Ley 242 de 1995 solo se aplica como factor de reajuste de multas, valores catastrales, rangos, cuantías y cánones, y no para efectos tributarios.

VIII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 16 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

1. PROBLEMA JURÍDICO

1.1. Corresponde a la Sala analizar la legalidad de los actos demandados por medio de los cuales se determinó el impuesto de alumbrado público a cargo de la sociedad Gases del Caribe S.A. por los períodos mayo a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012.

En los términos del recurso de apelación, se verificará:

- i) Si el Tesorero Municipal de Pivijay tenía competencia para expedir las liquidaciones oficiales y la resolución que resolvió el recurso de reconsideración.
- ii) Si los actos demandados vulneran la prohibición de gravar el transporte de recursos naturales no renovables.
- iii) Si es procedente la forma en que el municipio ajustó la tarifa del tributo en la actuación demandada.
- iv) La procedencia de la condena en costas impuesta por el Tribunal a la sociedad demandante.
- v)

2. INCOMPETENCIA DEL FUNCIONARIO.

2.1. Para la apelante no es procedente que el Tesorero Municipal de Pivijay expidiera las liquidaciones oficiales y resolviera el recurso de reconsideración, puesto que ello vulnera el principio de imparcialidad. Por tanto, ese funcionario debió declararse impedido como lo contempla el numeral 2 del artículo 11 del CPACA.

Consideró que a la demandante no le corresponde probar que en la organización administrativa del municipio existía otro funcionario para resolver el recurso, por cuanto la sociedad no está obligada a conocer la estructura funcional de la entidad territorial.

2.2. Sobre la presunta violación del principio de imparcialidad, por cuanto los actos demandados fueron proferidos por un mismo funcionario –Tesorero Municipal-, debe indicarse que tratándose de autoridades tributarias territoriales, la posibilidad de que los recursos de sede administrativa sean resueltos por dependencias y/o funcionarios distintos a los que efectúan el pronunciamiento inicial, está supeditada a la estructura y planta de personal con que cuente cada administración.

Por eso, en relación con la competencia para resolver el recurso de reconsideración, la Sala ha indicado², que ésta se determina de acuerdo con “la estructura propia de la Administración”, que para el caso concreto es el Tesorero Municipal de conformidad con el Decreto No. 014 de 2002 –Estatuto de Rentas del Municipio de Pivijay-³.

2.3. De ahí que no pueda considerarse que ese funcionario incurrió en la causal de impedimento contemplada en el numeral 2 del artículo 11 del CPACA⁴, en tanto, esas

² Al respecto ver sentencias de 13 de octubre de 2011, expediente No. 18280 y, de 24 de octubre de 2013, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente No. 19735 y, del 29 de mayo de 2014, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, expediente No. 19561.

³ Esta información se extrae de los actos demandados que obran en los folios 42-73 y 107 a 128 c.p. Este hecho que no fue controvertido por el contribuyente, por el contrario, discute que el municipio hubiere asignado la función de expedir los actos demandados al mismo funcionario.

⁴ Artículo 11. [...] 2. Haber conocido del asunto, en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.

competencias le fueron asignadas mediante un acto administrativo y con fundamento en la estructura propia de la entidad territorial.

2.4. En este caso no hay lugar a probar si existe otro funcionario que pudiera expedir el acto administrativo porque, se repite, esa circunstancia la determina el municipio de acuerdo con su organización administrativa y las necesidades del servicio, como lo hizo en el Decreto No. 014 de 2002.

2.5. En ese orden de ideas, el hecho de que el mismo funcionario que expidió las liquidaciones oficiales haya decidido el recurso gubernativo, no es motivo para declarar la nulidad de la actuación.

2.6. En consecuencia, no prospera el cargo para la apelante.

3. Violación a la prohibición de gravar el transporte de recursos naturales no renovables –gas natural-.

3.1. Según el apelante, los actos demandados gravan la actividad de transporte y distribución de gas natural que realiza la sociedad, no obstante que los artículos 16 del Decreto 1056 de 1953⁵, 1 del Decreto Reglamentario 850 de 1965⁶ y 27 de la Ley 141 de 1994⁷, prohíben a las entidades territoriales establecer impuestos sobre esas actividades.

3.2. La calidad de sujeto pasivo del tributo fue impuesta en los actos demandados, con fundamento en el artículo 7.8. del Acuerdo No. 24 de 2004⁸, que a letra dice:

“Artículo 7. Esquema tarifario del impuesto. [...] el impuesto de alumbrado público se cobrará mensualmente para todos los sectores teniendo en cuenta los siguientes esquemas tarifarios:

[...]

7.8. Empresas de gas natural de alta presión o baja. Empresas cuyo sistema de transporte y/o distribución de gas natural de alta o baja presión que estén situadas en la jurisdicción del municipio, están obligadas al pago del impuesto de alumbrado público con una tarifa única de \$5.000.000 mensuales”.

⁵ **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.

⁶**Artículo 1.** De acuerdo con el artículo 16 del Código de Petróleos, los departamentos y municipios no podrán establecer impuesto alguno, directo o indirecto, al petróleo o cualquiera de sus derivados, incluyendo el gas como producto natural o como derivado de la destilación del petróleo, o cualquiera de sus formas componentes.

⁷**Artículo 27.** Prohibición a las entidades territoriales. Salvo las previsiones contenidas en las normas legales vigentes, las entidades territoriales no podrán establecer ningún tipo de gravamen a la explotación de los recursos naturales no renovables.

⁸ “Por el cual se modifica el Acuerdo No. 15 del 3 de septiembre de 2004, se precisan definiciones, hechos generadores, sujeto activo, sujeto pasivo, base gravable, y estructuras tarifarias de la tasa de alumbrado público municipal”.

3.3. Sobre el particular, es importante poner de presente que la Sala, en sentencias del 11 de marzo de 2010⁹, 5 de mayo de 2011¹⁰, del 15 de noviembre de 2012¹¹, del 7 de marzo de 2013¹², del 6 de febrero de 2014¹³, y del 26 de febrero de 2015¹⁴, ha condicionado la legalidad de las normas que imponen la calidad de sujeto pasivo a las empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables, a las siguientes condiciones:

i) Que sean usuarios potenciales del servicio en tanto hagan parte de la colectividad que reside en el municipio que administra el tributo. Es decir, que tengan establecimiento en esa jurisdicción municipal.

Ello por cuanto el impuesto de alumbrado público tiene como objeto imponible el servicio de alumbrado público y como hecho generador, el hecho de ser usuario potencial del servicio.

ii) Que por tal motivo, resulten beneficiadas directa o indirectamente, de forma transitoria o permanente con el servicio de alumbrado público.

iii)

3.4. En consecuencia, aplicando el criterio indicado al sub examine, la imposición del gravamen en los actos demandados estaría condicionada a que dichas empresas cuenten con establecimiento dentro de la jurisdicción del municipio demandado, pues de lo contrario no hacen parte de la colectividad y serían usuarios ocasionales.

3.5. Sin embargo, la sociedad demandante afirma que la infraestructura que tiene ubicada en el municipio de Pivijay consiste únicamente en redes, tuberías y demás equipos necesarios para distribuir el gas¹⁵. Es decir, la sociedad no reside en el municipio.

Esa situación no fue controvertida por el municipio. Por el contrario, se ratifica en los actos demandados¹⁶ y en el certificado de Cámara de Comercio de la sociedad¹⁷, documentos en los que se indica que el domicilio de la sociedad se encuentra en la ciudad de Barranquilla.

3.6. Para la Sala, le correspondía a la parte demandada demostrar que la sociedad demandante era sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, esto es, que hacía parte

⁹ C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas, expediente No. 16667. Se dijo en esa sentencia: Para el caso de la norma demandada debe entenderse que el artículo 11 del Acuerdo 101 de 2002 **está referido a las empresas cuyos oleoductos atraviesan la jurisdicción del Municipio de San José de Cúcuta pero que, además, residen en esa localidad**. En este entendido, la norma no vulnera el artículo 338 de la Carta Política.

¹⁰ C.P. Dr. William Giraldo Giraldo, expediente No. 17822.

¹¹ C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 18107.

¹² C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, expediente No. 18579.

¹³ C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 18632.

¹⁴ C.P. Dr. Hugo Fernando Bastida Bárcenas, expediente No. 19042. En esta providencia se analizó la legalidad del artículo 6 Acuerdo No. 08 de 2009 del Municipio de Zona Bananera que dispone la calidad de sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público.

¹⁵ FI 14 c.p. El certificado registra como dirección comercial y judicial de la sociedad la Carrera 59 No. 59-166 Barranquilla / Atlántico.

¹⁶ FIs 42-73 y 107-128 c.p. Dirección de notificación de la actuación demandada Carrera 59 No. 59-166 Barranquilla / Atlántico.

¹⁷ FI 29 vuelto c.p.

de la colectividad que reside en su jurisdicción municipal y, que por ende, se beneficiaba de forma directa o indirecta con la prestación del servicio.

Así lo consideró, en la sentencia del 26 de febrero de 2015¹⁸, al señalar que en cada caso particular, el municipio que administra el tributo debe demostrar que el sujeto pasivo es usuario potencial del servicio público en la jurisdicción territorial del municipio respectivo.

3.7. Habida consideración de que no se encuentra probado que Gases del Caribe S.A. E.S.P. hiciera parte de la colectividad que reside en el municipio de Pivijay, no es procedente que se le impusiera la calidad de sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, pues decir lo contrario equivaldría a afirmar que se gravan las redes de transporte de combustible, que es la única propiedad de la sociedad actora que atraviesa el municipio de Pivijay.

En consecuencia, prospera el cargo para el apelante.

4. Las consideraciones expuestas son suficientes para revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar la nulidad de los actos demandados.

4.1. A título de restablecimiento del derecho, se declara que la sociedad Gases del Caribe S.A. no tiene obligación, con el municipio, por concepto del impuesto de alumbrado público discutido.

4.2. Respecto a la pretensión de devolución de los pagos realizados por concepto del tributo, la Sala no accederá a la misma por cuanto ese hecho no está demostrado en el expediente.

Tampoco procede la solicitud de desembargo puesto que en un proceso de nulidad y restablecimiento de actos de determinación del tributo como los aquí enjuiciados, el restablecimiento del derecho no es la devolución de las sumas embargadas como consecuencia de un cobro coactivo, en tanto tal aspecto es propio del proceso en el que se discutan los actos relacionados con dicho cobro.

Lo anterior no invalida los efectos que se derivan de esta sentencia y, que debe acatar el municipio.

4.3. En cuanto a la solicitud de que se condene en costas al municipio, la Sala precisa que el artículo 188 del CPACA dispone que la sentencia dispondrá sobre dicha condena, y que su liquidación y ejecución se rigen por las normas del Código de Procedimiento Civil, sustituido por el Código General del Proceso –CGP-.

La Ley 1564 de 2012 –CGP- en el artículo 365 establece las reglas para su determinación. Pero, solo habrá lugar a condenar en costas cuando, en el expediente, aparezcan causadas y, siempre y cuando, estén probadas¹⁹.

En el presente caso, la Sala advierte que no obra elemento de prueba que demuestre las erogaciones por ese concepto. Por tanto, se negará la condenas en costas pretendida.

¹⁸ C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 19042.

¹⁹ *Ibídem*, numeral 8.

5. A modo de dictum, la Sala precisa que la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “TODO POR UN NUEVO PAÍS”», sustituyó el impuesto de alumbrado público previsto en el literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913, para regularlo como una contribución especial. El artículo 191 de la citada ley prevé los sujetos pasivos, la autoridad encargada de determinar la metodología para la distribución del costo a recuperar y la base gravable de la contribución.

Además, establece que la sustitución se aplicará respecto de las entidades territoriales que hayan expedido acuerdos adoptando el tributo de alumbrado público autorizado por la Ley 97 de 1913 para lo cual cuentan con un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la ley para que adopten la contribución en los términos dispuestos en esa norma (parágrafo transitorio).

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

FALLA

1. REVÓCASE la sentencia del 16 de julio de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena. En su lugar:

“1. Declárase la nulidad de las Liquidaciones Oficiales de Aforo Nos. ALP 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014, 015 y 016 del 10 de diciembre de 2012, y de la Resolución No. ALP-2012-02-20 del 20 de febrero de 2013, expedidas por la Tesorería Municipal de Pivijay, que determinaron el impuesto de alumbrado público a cargo de Gases del Caribe S.A. E.S.P. por los períodos gravables de mayo a diciembre de 2011 y de enero a agosto de 2012.

2. A título de restablecimiento del derecho, se declara que la sociedad Gases del Caribe S.A. E.S.P. no tiene obligación alguna a su cargo en el municipio de Pivijay por concepto del impuesto de alumbrado público correspondiente a los períodos gravables de mayo a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012.

3. No se condena en costas, por no encontrarse probadas”.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta
Ausente con excusa

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ