



Radicado: 44001-23-31-000-2011-00020-01 (21321)
Demandante: Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020).

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 44001-23-31-000-2011-00020-01 (21321)
Demandante: ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.
Demandado: MUNICIPIO DE MAICAO, LA GUAJIRA

Temas: Impuesto sobre el servicio de alumbrado público. Periodos de julio a diciembre de 2007, enero a diciembre de 2008 y enero a septiembre de 2009.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra el fallo del 20 de marzo de 2014, proferido por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que dispuso lo siguiente:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la liquidación oficial N° 2009-001 del 22 de octubre de 2009 y el recurso de reconsideración 2010-001 de 2010 expedidas por la Secretaria de Hacienda del Municipio de Maicao.

SEGUNDO.- Ordénese al Municipio de Maicao, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro que por concepto de prima haya cancelado el actor con ocasión de la póliza de garantía en Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. correspondiente a la póliza de caución judicial N° 1001310001250 expedida el 21 de diciembre de 2010.

TERCERO.- Negar las demás súplicas de la demanda.

CUARTO.- Sin condena en costas.

ANTECEDENTES

La Secretaria de Hacienda del Municipio de Maicao (La Guajira) expidió, a cargo de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P, en adelante, Electricaribe, **la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público N° 2009 – 001 del 22 de octubre de 2009**, por los meses de julio a diciembre de 2007, enero a diciembre de 2008 y enero a septiembre de 2009, por un total de \$649.605.400, por ser propietaria y/o usufructuaria de una subestación de energía eléctrica, con capacidad nominal “*mayor de 20 MVA*”².

¹ “MVA es la abreviatura de megavoltiamperio, una unidad de potencia aparente utilizada con frecuencia en grandes instalaciones de generación de energía eléctrica, como centrales hidroeléctricas y otras. Equivale a la potencia aparente de 1 voltio x 1 amperio x 10⁶.” [<https://es.wikipedia.org/wiki/MVA>]

² Fls. 62 y s.s. c.p.



Contra el acto anterior, la actora interpuso recurso de reconsideración³. Mediante **Resolución N° 2010 - 001 del 7 de octubre de 2010**, el Secretario de Hacienda Municipal confirmó la liquidación recurrida⁴. Este acto fue notificado a la actora el 21 de diciembre de 2010.

DEMANDA

La actora, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del CCA, formuló las siguientes pretensiones:

1. Que se declare que es nula en su totalidad la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público N° 2009 – 001, expedida el día 22 de octubre de 2009 por parte de la Secretaría de Hacienda Municipal de Maicao, y entregada por correo a ELECTRICARIBE el 18 de enero de 2010, por medio de la cual se liquidó el impuesto de alumbrado público de esta empresa por el periodo fiscal comprendido entre el 1 de julio al 31 de diciembre de 2007, de 1 de enero a 31 de diciembre de 2008 y del 1 de enero a 30 de septiembre de 2009, el cual ascendió a la suma de seiscientos cuarenta y nueve millones seiscientos cinco mil cuatrocientos pesos (\$649.605.400).

2. Que se declare nula la resolución que decide el recurso de reconsideración N° 2010 - 001, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Maicao, el 7 de octubre de 2010, confirmando la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público N° 2009 - 001.

3. Que como consecuencia de la prosperidad de cualesquiera de las peticiones anteriores, se restablezca el derecho de la sociedad ELECTRIFICADORA 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 Maicao, La Guajira, por concepto del tributo de alumbrado público causado por la vigencia comprendida del 1 de julio al 31 de diciembre de 2007, de 1 de enero a 31 de diciembre de 2008 y del 1 de enero a 30 de septiembre de 2009. Como consecuencia de lo anterior se ordene al municipio:

“(i) Abstenerse de cobrarle a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. el tributo de alumbrado público fijado en el Acuerdo 004 del 2007 y determinado por la liquidación oficial de aforo del tributo de alumbrado público N° 2009-001, expedida el 22 de octubre de 2009, confirmada por la Resolución que decide el recurso de reconsideración N° 2010-001 del 7 de octubre de 2010; y,

(ii) Archivar de forma definitiva la actuación administrativa respectiva.

4. En cualquier evento que ELECTRICARIBE haya efectuado o efectúe pagos totales o parciales de las obligaciones contenidas en los actos demandados, y si dichos actos son declarados total o parcialmente nulos y/o son reformados o se ordena reformarlos, que se ordene al municipio de Maicao y/o a quien haya recibido los pagos o recursos en nombre de este, devolver dichos recursos junto con intereses y/o indexación, ordenando dar aplicación, en lo que sea del caso, a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, respecto a lo que en ellos se dispone para la ejecución de la sentencia que se dicte.

³ Fls. 65 a 78 c.p.

⁴ Fls. 85 a 115 c.p.



5. Solicito que se reintegre cualquier suma adicional que deba pagar ELECTRICARIBE por concepto de garantía dentro del proceso de jurisdicción coactiva, sea que se trate de un depósito adicional o prima de seguro adicional de las canceladas a la fecha.

A esta suma se le adicionarán los intereses y/o indexación, ordenando dar aplicación, en lo que sea del caso, a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

6. Que de acuerdo con los resultados del proceso, se condene en costas al municipio de Maicao y a los terceros o partes que intervengan en este proceso a favor del municipio y de sus argumentos y en contra de ELECTRICARIBE o de sus argumentos.

Indicó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 1, 4, 6, 13, 29, 95-9, 121, 122, 150-12, 313-4, 338 y 363 de la Constitución Política
- Artículo 1, lit. d), de la Ley 97 de 1913
- Artículo 1, lit. a), de la Ley 84 de 1915
- Artículo 32-7 de la Ley 136 de 1994
- Artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994
- Artículos 51 y 66 de la Ley 383 de 1997
- Artículo 59 de la Ley 788 de 2002
- Artículos 715 a 720, 730 num 1 y 4, 732 y 734 del Estatuto Tributario Nacional
- Artículo 9 del Decreto 2424 de 2006
- Artículo 9, pár. 2 de la Resolución N° 43 de 1995 de la CREG

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. Violación del derecho al debido proceso

Los actos demandados son nulos por motivación insuficiente. La Administración determinó el impuesto de alumbrado público con un valor mensual mínimo de \$20.657.000 [julio 2007] incrementado mensualmente hasta \$28.645.000 [septiembre 2009] *“sin mayores explicaciones y sustento normativo, ni explicación de cómo se determinó el hecho generador y la base gravable del impuesto [...] solo se hace mención al Decreto Ley 2424 de 2006 y el artículo 5 del Acuerdo 004 de 2007, en esta resolución se determina el año gravable, mes y valor del impuesto a cargo, sin ningún sustento formal, técnico, ni jurídico que determine cuáles son las subestaciones que posee ELECTRICARIBE en el Municipio de Maicao y la capacidad nominal de cada una, para determinar si tiene o no una capacidad instalada menor o mayor a 20 MVA, considero que el Municipio sin soporte, ni prueba técnica, determinó que es la capacidad nominal de las subestaciones que tiene ELECTRICARIBE como propietaria y/o usufructuaria en el Municipio de Maicao y la base gravable la determina con la capacidad máxima porque así se determina el impuesto de alumbrado público con la tarifa más alta [100.000 kwh/mes]”*. La deficiente motivación le impidió ejercer debidamente los derechos de contradicción y defensa.

La liquidación oficial demandada no reúne los requisitos exigidos por el artículo 712 del Estatuto Tributario Nacional, porque no precisa las bases de cuantificación del



tributo, lo que configura error de procedimiento, causal de nulidad de dicho acto, conforme al numeral 4 del artículo 730 del mismo ordenamiento.

Además, la actuación demandada viola el debido proceso, por falta de emplazamiento previo por no declarar o acto que haga sus veces, como lo exige el artículo 715 del Estatuto Tributario Nacional, procedimiento aplicable al municipio conforme a lo previsto en los artículos 66 de la Ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002, impidiéndole su pronunciamiento sobre la obligación fiscal, sin que sea procedente, directamente, expedir los actos de determinación oficial del tributo.

2. Violación del principio de legalidad de los tributos

Los actos acusados son nulos toda vez que el legislador no determinó ninguno de los elementos esenciales del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, ni siquiera señaló los supuestos mínimos para definirlos. El Concejo Municipal de Maicao no tiene competencia para fijar dichos elementos, ni la administración municipal para liquidar el tributo a cargo de la actora, pues carece de soporte legal⁵.

El Acuerdo 004 de 2007 del Concejo Municipal de Maicao fijó los elementos del impuesto sobre el alumbrado público fuera de los límites señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-504 de 2002 y el Consejo de Estado en el fallo del 13 de noviembre de 1998⁶ al interpretar el literal d) del artículo 1 de la Ley 97 de 1913, vicio que afecta los actos particulares demandados.

Lo anterior, porque si el hecho imponible de este impuesto es la prestación del servicio de alumbrado público y la base gravable, la magnitud del hecho gravado al que se aplica la tarifa, el valor liquidado a la actora, en los actos acusados no refleja la magnitud económica del hecho imponible. La administración aplicó un valor fijo por la actividad que desarrolla como empresa prestadora del servicio público de energía eléctrica, propietaria de subestaciones de energía que utiliza para la prestación del servicio en ese municipio, suceso ajeno al hecho generador definido por la jurisprudencia.

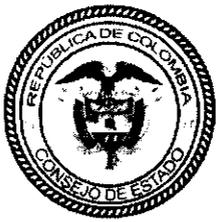
3. Violación de los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva

Los actos demandados desconocen los principios de equidad, igualdad y capacidad contributiva al establecer hechos generadores, bases gravables y tarifas diferenciales para propietarios de subestaciones de energía y, con ello, dar un tratamiento diferente y más gravoso al que reciben otros sujetos pasivos que ejercen, igualmente, actividades industriales y comerciales, sin razón válida que lo justifique.

Los usuarios de los sectores residencial, comercial, oficial o industrial pagan por este tributo un porcentaje del consumo real de energía eléctrica, mientras que las empresas propietarias de subestaciones de energía eléctrica, prestadoras del servicio de energía pagan por el mismo concepto, una suma fija de dinero *"cuyo valor es mucho más elevado y su fijación no obedece a criterio racional o de equidad"*.

⁵ Sobre el tema citó apartes de las sentencias de 4 de septiembre de 2008, exp. 16850, de 17 de julio de 2008, exp., 16170, C.P. Ligia López Díaz.

⁶ Sentencia proferida en el expediente 73001-23-31-000-4991-02-9124.



Se grava a la actora por ser una empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía, en ese municipio, propietaria y/o usufructuaria de subestaciones de energía, no por el beneficio derivado del servicio de alumbrado público, es decir, que se grava por un hecho generador, base gravable y tarifa ajenos a la naturaleza del tributo, que no indican su capacidad contributiva, tratamiento discriminatorio que desconoce el artículo 24.1 de la Ley 142 de 1994.

4. Doble tributación

De la forma como está estructurado el impuesto de alumbrado público en el Acuerdo 004 de 2007 [art. 5] del Concejo de Maicao, ELECTRICARIBE, E.S.P. está sometida a doble tributación por el mismo hecho, pues como empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica, propietaria de una subestación de energía mayor a 20 MVA en esa jurisdicción, paga impuesto de industria y comercio e impuesto de alumbrado público.

Además, ELECTRICARIBE paga el impuesto de alumbrado público al municipio mensualmente por el autoconsumo de energía eléctrica a la tarifa del 14%, conforme al numeral III del artículo 5 del Acuerdo 007 de 2007 del Concejo de Maicao y, con los actos acusados se le exige como empresa de servicio público domiciliario de energía, propietaria de una subestación de energía mayor a 20 MVA una tarifa fija equivalente a 100.000 kwh/mes.

5. Violación a los límites impuestos por la regulación del sector eléctrico

En los actos acusados, la administración no explicó, *"ni siquiera se preocupó ni intentó verificar"* si el cobro del impuesto del alumbrado público se ajusta a los límites fijados por la Resolución 43 de 1995 [art. 9 pár. 2] de la CREG y el Decreto 2424 de 2006, que establecen que *"el municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento"*. Los actos son nulos por falta de evidencia sobre su sujeción a dicha exigencia legal.

6. Es improcedente el cobro de intereses moratorios

El artículo 5 del Acuerdo 004 de 2007 del Concejo de Maicao establece la obligación tributaria a cargo de las personas naturales y jurídicas propietarias y/o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica con capacidad nominal mayor a un MVA de pagar una suma mensual equivalente en kwh/mes, según el rango fijado en el mismo artículo, pero no indica plazo para efectuar el respectivo pago. Con los actos acusados la administración determinó el tributo, sin que haya lugar a *"alegar la existencia de una mora en el pago de esta obligación, puesto que la mora solo se acredita cuando se incumple el pago de una obligación en un tiempo claramente determinado"*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El municipio de Maicao se opuso a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

1. Los actos acusados no cumplen el requisito de procedibilidad, toda vez que, en el proceso de cobro coactivo *"solo son demandables las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución"*.



2. La actuación no desconoce el debido proceso. El impuesto de alumbrado público se liquidó conforme a las normas que regulan el tributo. Los actos demandados están debidamente motivados. En ellos se determinaron los elementos esenciales del impuesto, la calidad de propietario y/o usufructuario de una subestación de energía eléctrica con capacidad nominal superior a 20 MVA, ubicada en esa jurisdicción, y se determinó el valor del impuesto adeudado por la actora por cada periodo.

El acto liquidatorio se ajusta a las exigencias del artículo 712 del Estatuto Tributario Nacional.

La administración aplicó el procedimiento tributario teniendo en cuenta la naturaleza del impuesto de alumbrado público y lo previsto en el "Acuerdo 003 de 2005" del Concejo Municipal de Maicao. Por tratarse de un tributo impositivo, *"cuando el contribuyente no efectúa su pago dentro del cronograma establecido por la unidad de impuesto municipal, este tiene el deber inexcusable de liquidar oficialmente el impuesto"*. No es necesario proferir acto previo, como lo pretende la actora.

La ley que creó el impuesto sobre el alumbrado público no estableció los elementos esenciales del tributo. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que *"frente a la indefinición de los elementos estructurales del tributo de alumbrado público las corporaciones edilicias cuentan con plena autorización y facultad para fijarlos a nivel territorial"*⁷

Según el artículo 5 del Acuerdo 004 de 2007 del Concejo Municipal de Maicao, Electricaribe es sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, toda vez que es propietaria y/o usufructuaria de subestaciones de energía con capacidad nominal mayor a 20MVA, en ese municipio.

La actora no pagó el impuesto de alumbrado público en los periodos cuestionados, por lo que es procedente la liquidación oficial del tributo *"a efectos de cobrar por vía administrativa las obligaciones tributarias pendientes por el contribuyente omiso Electricaribe S.A. E.S.P."*

La actuación en cuestión no vulnera el principio de legalidad, toda vez que de los lineamientos de la sentencia C-1097 de 2001⁸ *"se desprende que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales se encuentran en plena libertad de reglamentar los tributos que sean del orden territorial, mientras que para lo referente a los tributos del orden nacional está facultad se encuentra en cabeza del Congreso de la República"*, por lo que el impuesto de alumbrado público está en consonancia con el principio de legalidad de los tributos, toda vez que fue creado por ley y el Municipio de Maicao lo adoptó con fundamento en el principio de autonomía territorial y *"determinó cada uno de los elementos del impuesto [...] quedando plenamente evidenciada la legalidad y la consonancia [...] con el ordenamiento jurídico superior y los principios orientadores del derecho tributario [...]"*.

⁷ Indica las siguientes sentencias: de julio 9 de 2009, exp. 17001-23-31-000-2006-00404-02 de 6 de agosto de 2009, exp 08001-23-31-000-2001-00569-01

⁸ Corte Constitucional, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.



Conforme al artículo 1° de la Resolución CREG 043 de 1995 del servicio de alumbrado público *“gozan todos los habitantes de una jurisdicción territorial, quieran o no acceder al mismo, teniendo en cuenta que cualquiera puede beneficiarse de la iluminación de las vías públicas, de los parques públicos y demás espacios de libre circulación proporcionado a su favor”*, por ende, *“se cobra indiscriminadamente a todo aquel que se beneficie del mismo, sin que pueda afirmarse que recae sobre un grupo social, profesional o económico determinado”*.

Del Acuerdo 004 de 2007 del Concejo de Maicao no se deriva que el pago del impuesto de alumbrado público sea opcional o discrecional. Con las tarifas fijadas se *“pretende tener en cuenta la capacidad de pago del contribuyente, pero no con el ánimo de regular la oferta y la demanda del servicio público ofrecido, el que se presta en todo momento y de manera indiscriminada, sino para graduar el aporte social de cada ciudadano de acuerdo a su disponibilidad y capacidad contributiva”*.

El Acuerdo 004 de 2007 aplica los principios de igualdad, equidad y capacidad contributiva. Gravar de manera diferente a las empresas propietarias o usufructuarias de subestaciones de energía se fundamenta en el principio de progresividad de los tributos, según el cual *“los contribuyentes que tiene capacidad contributiva más amplia, están llamados a soportar mayor carga impositiva”*.

El Concejo Municipal de Maicao consideró necesario *“gravar a los propietarios y/o usufructuarios de subestaciones de energía debido a las condiciones socioeconómicas de la gran mayoría de la población del municipio, para lo cual se hizo menester incorporar nuevos contribuyentes y redistribuir la carga tributaria en otros sectores aportantes para que existiera un punto de equilibrio económico y así suplir la carga pública de la entidad territorial para suplir la prestación del servicio de alumbrado público”*.

No se configuran los presupuestos de la doble tributación alegada, puesto que no se grava un mismo hecho con dos impuestos. Son diferentes los hechos imponible por los que la actora tributa en esa jurisdicción, ya que por las actividades industriales y comerciales que desarrolla es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio, y por ser usuario del servicio de alumbrado público y propietaria de una subestación de energía eléctrica con capacidad nominal mayor a 20 MVA es sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público.

El recaudo del impuesto de alumbrado público no supera los límites impuestos por la regulación del sector. En Maicao, el recaudo del tributo no alcanza a suplir los gastos y costos en que se incurre para la prestación del servicio de alumbrado público. El ejecutivo incentiva para que el Concejo Municipal grave con tarifas diferenciales las categorías que tengan mayor capacidad contributiva.

Los intereses moratorios se fundan en lo preceptuado en los artículos 634 del Estatuto Tributario Nacional y 12 de la ley 1066 de 2006, normas que buscan evitar que el contribuyente incumpla la obligación de pagar los tributos a su cargo.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal anuló los actos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Municipio de Maicao devolver a la actora el valor que pagó por concepto de



prima al adquirir la póliza de caución judicial N° 1001310001250 del 21 de diciembre de 2010 expedida por Mafre Seguros Generales de Colombia S.A., con fundamento en las razones que se resumen a continuación:

De conformidad con las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la facultad impositiva de los entes territoriales en cuanto al impuesto de alumbrado público⁹, la responsabilidad en la prestación del servicio de alumbrado público, definido en la Resolución 043 de 1995 de la CREG y el Decreto 2424 de 2006, es de los municipios en cada jurisdicción, el que puede prestar directamente o por intermedio de empresas distribuidoras o comercializadoras de energía con las que suscriba contratos o convenios con ese fin, así como para materializar el cobro del servicio a los usuarios o beneficiarios, como lo autoriza la Ley 1150 de 2007.

El Acuerdo 004 de 2007 del Concejo Municipal de Maicao determina los elementos esenciales del impuesto de alumbrado público. En el artículo 5, indica la base gravable y las tarifas correspondientes.

La liquidación oficial demandada “carece de soporte económico sobre el que se aplica la base gravable, pues si bien la norma dispone que los propietarios [y/o usufructuarios de subestaciones de energía eléctrica con capacidad nominal mayor a un (1) MVA] cancelarán una suma equivalente en kwh/mes, liquidado al valor de la tarifa aplicada para el cobro de energía al servicio [de alumbrado] público, no explica siquiera el cálculo base utilizado para liquidar el impuesto, pues no existe prueba técnica que referencie la capacidad nominal de la subestación en el momento del periodo referenciado, máxime aún si no se señala la operación matemática o cálculo diferencial entre la tarifa que se causó sobre el cobro de energía y el valor equivalente kwh/mes”.

En las facturas del servicio de energía suministradas por la actora “se discrimina la tasa de energía aplicada” pero no se entiende por qué “los porcentajes tarifarios conlleven a declarar los valores consignados en el acto administrativo”, porque si se aplica el valor equivalente a “100.000 por la capacidad nominal mayor a 20 MVA” el resultado es distinto. Así, la liquidación oficial y la resolución que resolvió el recurso de reconsideración no incluyen “los fundamentos de hecho y los cálculos que permitieran establecer los montos decididos de manera unilateral”.

La administración debió anunciarle a la actora el valor a pagar “como consecuencia de la liquidación nominal realizada en sus facturas de energía dentro de la cual se hace el respectivo ajuste del impuesto, pues si bien la obligación del recaudo recae en cabeza de la actora según el acuerdo contractual, el Municipio debió explicar la diferencia existente entre lo causado en las facturas de energía y el valor liquidado”.

Los actos acusados no indican el motivo o razón por la que se modifica “el denuncia privado realizado a través de las facturas”, pues aunque se afirma que la actora no pagó la obligación “no expone los resultados obtenidos respecto a las unidades volumétricas de la energía, ya que aún realizada la discriminación del impuesto de alumbrado por cada uno de los meses en discusión, omitió señalar la forma cómo llegó

⁹ Transcribe apartes de las sentencias C-504 de 2002 de la Corte Constitucional y de 18 de julio de 2012, exp. 2010-005 del Consejo de Estado.



a la suma determinada, es más, ni siquiera señaló la tarifa aplicable, por lo tanto le impidió al contribuyente ejercer su derecho de contradicción y defensa”.

Configurada la causal de nulidad del numeral 4 del artículo 730 del E.T., a título de restablecimiento del derecho, el Tribunal ordenó al Municipio de Maicao devolver a la actora el valor que pagó por concepto de prima al adquirir la póliza de caución judicial N° 1001310001250 del 21 de diciembre de 2010 expedida por Mafre Seguros Generales de Colombia S.A. y, dado que no existe prueba de pago alguno por concepto de los actos demandados, negó las demás pretensiones de la demanda. No condenó en costas.

Como prosperó el cargo, no se analizan los demás cargos propuestos por la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

El municipio demandado apeló. Sustentó el recurso en los siguientes términos:

La liquidación oficial demandada, en la explicación sumaria, informa que Electricaribe no pagó el impuesto de alumbrado público y que está vencido el plazo para el efecto; además, indica la normativa en que se sustenta que, afirma, no es desconocida por la actora porque es la misma que ella aplica *“para la facturación del servicio de alumbrado público en los recibos de energía eléctrica que reparte en todo el municipio de Maicao, en virtud del convenio de facturación y recaudo firmado con el ente municipal”*. Por tanto, no es cierto que *“estaba desprovisto de argumentos para ejercer su derecho a la defensa”*. De suyo, presentó recurso de reconsideración que fue decidido oportunamente.

Los actos acusados cuentan con la motivación suficiente, pues si bien es breve, informa que la actora incumplió el deber de pagar el impuesto al alumbrado público a su cargo, teniendo en cuenta que tiene instaladas estaciones de energía eléctrica con capacidad nominal mayor a 20 MVA, en ese municipio, por lo que es sujeto pasivo del tributo.

No se desconoció el derecho de defensa a la actora. La empresa conoce el manejo y la normativa aplicada, toda vez que tiene la calidad de agente recaudador del tributo en esa jurisdicción, por lo que *“no hay duda que la información concerniente para la liquidación del impuesto de alumbrado público está a su alcance para rectificar si los valores cobrados en la liquidación correspondían a la realidad o, en su defecto, tenía la oportunidad de refutar mediante recurso de reconsideración si las sumas no correspondían al valor real, no obstante el contribuyente no ejerció defensa en este sentido, pretendiendo demostrar que se cercenaron sus derechos”*. Incluye una relación con el número de factura, periodo, *“tarifa en \$”*, tarifa [100 kwh/mes] y valor del impuesto a cargo, información que, afirma, está contenida en cada una de las facturas que corresponde a los periodos liquidados, con el propósito de demostrar la veracidad de la información utilizada para la liquidación demandada.

El artículo 35 del C.C.A. exige que las decisiones que afecten a los particulares deben ser motivadas pero no establece que *“debe existir un soporte económico sobre el cual se determine o referencie la capacidad de la subestación en el momento del periodo referenciado”*.



La liquidación oficial demandada se ajusta a los requisitos mínimos exigidos por el Estatuto Tributario, está debidamente motivada y se garantizaron los derechos a la defensa y debido proceso a la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La actora y el municipio demandado guardaron silencio.

El Ministerio Público pidió que se confirme la sentencia apelada, con fundamento en lo siguiente:

El municipio demandado violó los derechos de defensa y debido proceso de la actora. Ello, porque el artículo sexto del Acuerdo 004 de 2007 establece una tarifa variable de acuerdo con la capacidad nominal de cada sujeto pasivo, por lo que la administración debió sustentar “*el encasillamiento del demandante en una u otra*”.

La Administración expidió la liquidación demandada sin otorgarle a la demandante “*la oportunidad de discutir su categoría frente a la sujeción pasiva del impuesto [...], así como las razones que tuvo el municipio para haber ubicado a ELECTRICARIBE en uno de los tres rangos previstos en la norma para las empresas generadoras*”, sin que para garantizar el derecho de defensa de la actora, sea suficiente que esta haya interpuesto el recurso de reconsideración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión previa

Intervención de la SSPD a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.

Mediante escrito radicado el 19 de enero de 2017, el apoderado de ELECTRICARIBE informó que esa empresa fue intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante la Resolución N° SSPD – 20161000062785 del 14 de noviembre de 2016 y que la misma entidad designó al doctor Javier Alonso Lastra Fuscaldo como Agente Especial, mediante la Resolución N° SSPD – 20161000062795 del 14 de noviembre de 2016. Además, solicitó que al designado se le notificara la existencia del proceso¹⁰.

Por auto del **6 de febrero de 2017**, el despacho ponente ordenó la notificación solicitada¹¹. La Secretaría de la Sección remitió por correo los oficios 398 y 399 de 14 de marzo de 2017, a la SSPD y a la Cámara de Comercio de Barranquilla, respectivamente y el telegrama oficio 410 de 16 de marzo de 2017 al doctor Javier Alonso Lastra Fuscaldo, en los que solicitó informar la dirección electrónica para notificaciones y la dirección electrónica personal del Agente Especial designado¹².

La Cámara de Comercio de Barranquilla respondió y suministró el certificado de existencia y representación legal de Electricaribe¹³ y la SSPD informó las direcciones

¹⁰ Cfr. fls 513 a 554 c.p.

¹¹ Cfr. fl 555

¹² Cfr. fl. 556, 557 y 558 c.p.

¹³ Cfr. fls. 559 a 581 c.p.



electrónicas solicitadas¹⁴ a las que la Secretaría de la Sección, el 28 de abril de 2017, notificó el auto del 6 de febrero de 2017¹⁵.

Para evitar una posible nulidad, por auto del **3 de agosto de 2018**, el despacho ponente ordenó notificar personalmente al Agente Especial la existencia del proceso y el estado en que se encuentra, a la "carrera 55 N° 72 – 109, piso 7, Edificio Centro Ejecutivo II" de Barranquilla y, para ello, librar despacho comisorio al Tribunal Administrativo del Atlántico¹⁶.

El Tribunal comisionado efectuó la notificación ordenada al Agente Especial designado por la SSPD en el proceso de intervención a ELECTRICARIBE, el 4 de diciembre de 2018¹⁷.

Con el fin de establecer el estado del proceso de intervención a Electricaribe, se consultó la página web de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la que se constató lo siguiente:

- Que previo concepto de la CREG, mediante la Resolución N° SSPD – 20161000062785 del 14 de noviembre de 2016, la entidad ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.¹⁸. Que contra esa decisión se interpuso recurso de reposición, que fue confirmada por la Resolución 20171000001355 del 27 de enero de 2017¹⁹.
- Que mediante Resolución N° SSPD – 20161000062795 del 14 de noviembre de 2016, la entidad designó al doctor Javier Alonso Lastra Fuscaldo como Agente Especial para Electricaribe²⁰.
- Que por Resolución N° SSPD – 2017100000205 del 11 de enero de 2017, prorrogó el plazo establecido para determinar el objeto de la toma de posesión hasta el 14 de marzo de 2017²¹.
- Que mediante Resolución N° SSPD – 20171000005985 del 14 de marzo de 2017, dispuso que la toma de posesión de ELECTRICARIBE tendrá fines liquidatorios y ordenó una etapa de administración temporal en la que continuará ejerciendo normalmente su objeto social²².

¹⁴ Cfr. fls. 582 y 583 c.p.

¹⁵ Cfr. fl. 584 c.p.

¹⁶ Cfr. fl. 586 c.p.

¹⁷ Cfr. 587 a 589 c.p. y c. 2

¹⁸ Cfr. fls. 540 a 554 c.p., además, puede consultarse en la portal web de la entidad

<https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/Nif%20-%20Normas%20de%20Informacion%20Financiera/2018/Oct/resolucionno.sspd-20161000062785.pdf>

¹⁹ [https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/recurso de reposicion sspd electricaribe 1.pdf](https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/recurso%20de%20reposicion%20sspd%20electricaribe%201.pdf)

²⁰ https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/prestadores-intervenidos/20161000062795_agenteespecial.pdf

²¹ <https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/res-prorroga-toma-eca.pdf>

²² https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/resolucion_2017000005985.pdf



- Que mediante Resolución N° SSPD – 20181000131345 de 16 de noviembre de 2018, designó a la señora Ángela Patricia Rojas Combariza nueva Agente Especial y terminó la que hizo al Dr. Javier Alonso Lastra Fuscaldo²³.

Se consultó, además, la página web de la Cámara de Comercio de Barranquilla y se constató que, a la fecha de la sentencia, el estado de ELECTRICARIBE es “activa”.

Objeto del presente proceso

La Sala debe determinar si son nulos o no los actos de determinación del impuesto de alumbrado público correspondiente a los meses de julio a diciembre de 2007, enero a diciembre de 2008 y enero a septiembre de 2009. Para el efecto, debe establecer si están debidamente motivados como lo afirma el apelante. En caso afirmativo, estudia los demás cargos de la demanda que no analizó el Tribunal.

La Sala advierte que, en efecto, los actos demandados no están debidamente motivados, lo que conduce a su nulidad, según el siguiente análisis:

Conforme a los artículos 35 y 59 del C.C.A., las decisiones de la administración de carácter particular deben adoptarse una vez se haya dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles y motivarse siquiera de manera sumaria.

La Sala reitera²⁴ que la falta de motivación de los actos administrativos implica la violación del debido proceso, en la medida en que no le permite a los administrados controvertir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativas y judiciales. Es por ello que esa clase de vicios constituye una causal de nulidad de los actos administrativos que incurran en ese defecto, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010.

La motivación de un acto administrativo es, entonces, la expresión de las razones de hecho y de derecho que fundamentan la decisión de la Administración. Por tal razón, el artículo 35 del CCA exige una ilustración siquiera sumaria de las circunstancias fácticas y jurídicas que soportan la decisión administrativa, de modo que la primera resulte suficiente, apta e idónea para explicar la segunda. A tal fin, no es válido que se empleen fórmulas vagas, genéricas e indeterminadas para justificar la decisión adoptada. Bajo este contexto, la sustentación del acto garantiza, además de la realización del principio de publicidad, la efectividad del derecho de defensa del administrado, en la medida en que permite apreciar con exactitud los motivos determinantes de la decisión; así como la tutela judicial efectiva de la que se debe encargar la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Secretaría de Hacienda de Maicao expidió la liquidación oficial del impuesto de alumbrado público N° 2009 – 0001 del 22 de octubre de 2009, por los meses de julio a diciembre de 2007, enero a diciembre de 2008 y enero a septiembre de 2009, por un total de \$649.605.400, valor que determinó como se indica a continuación²⁵:

²³ https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/prestadores-intervenidos/20181000131345_designa_aprc.pdf

²⁴ Sentencia de 26 de julio de 2018, exp. 22074, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.

²⁵ Fls. 62 y s.s. c.p.



Año gravable	Mes	Impuesto a cargo
2007	7	20.657.000
	8	20.586.400
	9	20.658.800
	10	20.862.200
	11	20.829.000
	12	21.148.000
2008	1	21.606.000
	2	22.895.000
	3	23.949.000
	4	23.998.000
	5	23.957.000
	6	23.147.000
	7	23.285.000
	8	23.866.000
	9	23.964.000
	10	24.291.000
	11	24.803.000
	12	25.005.000
2009	1	25.005.000
	2	27.003.000
	3	27.290.000
	4	26.865.000
	5	26.909.000
	6	26.224.000
	7	26.250.000
	8	25.907.000
	9	28.645.000
Total		\$649.605.400

En la explicación sumaria de la liquidación oficial se indican como "Antecedentes" los siguientes: "1. Transcurrido el plazo para realizar el pago, el contribuyente no canceló la obligación tributaria que le asiste" y "2. El término para efectuar el pago se encuentra vencido, por lo que se procede a la determinación oficial del impuesto".

En el aparte "Consideraciones" se transcriben los artículos 2 del Decreto 2424 de 2006 y quinto (parcialmente) del Acuerdo 004 de 2007 del Concejo Municipal de Maicao, que definen, en su orden, el servicio de alumbrado público y la base gravable y tarifas del impuesto de alumbrado público, en esa jurisdicción. Del mencionado artículo quinto, se transcribe el inciso segundo, que dispone que las empresas comercializadoras y distribuidoras de energía eléctrica que presten sus servicios en ese municipio tienen la obligación de facturar y recaudar el tributo a los usuarios o suscriptores y que, también, directamente, el Municipio podrá facturarle a aquellos que no estén registrados como tales. Se transcribe, también, el literal a) de la misma norma, categoría "VI. Otras u otras condiciones", que señala la tarifa a cargo de las empresas o personas propietarias y/o usufructuarias de subestaciones de energía eléctrica, por rango, según la capacidad nominal y asigna el valor equivalente en kwh/mes²⁶.

26

Capacidad nominal	Valor equivalente
1 MVA hasta 5 MVA	20.000 kwh/mes
Mayor de 5 MVA hasta MVA	50.000 kwh/mes
Mayor de 20 MVA	100.000 kwh/mes



Finalmente, dice que la actora "... *es propietaria y/o usufructuaria de subestaciones de energía que poseen una capacidad nominal mayor de 20 MVA, en jurisdicción del Municipio de Maicao, actividad que se encuentra gravada con impuesto de alumbrado público*".

Del contenido del acto liquidatorio y la explicación sumaria del mismo, la Sala advierte que la Secretaría de Hacienda de Maicao liquidó el impuesto de alumbrado público a la actora por considerarla sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público, tener la condición de empresa prestadora del servicio de energía eléctrica en ese municipio y que, como presta ese servicio, es *propietaria y/o usufructuaria de subestación de energía eléctrica, con capacidad nominal mayor a 20 MVA*.

Además, porque la actora "*no pagó*" el impuesto correspondiente a los meses de julio a diciembre de 2007, enero a diciembre de 2008 y enero a septiembre de 2009 y fijó un valor por cada periodo.

Sin embargo, ni el acto liquidatorio ni la explicación sumaria del mismo justifican cómo la administración encontró que la actora cumplía la condición de ser "*propietaria y/o usufructuaria de subestación de energía eléctrica, con capacidad nominal mayor a 20 MVA*" y qué factores utilizó en la operación aritmética que le permitieron cuantificar el impuesto a cargo de la actora. En efecto, no indica cómo realizó el cálculo, menos justifica el valor del kwh/mes que aplicó, lo que impidió a la actora ejercer debidamente el derecho de defensa y contradicción.

El artículo 712 del Estatuto Tributario Nacional, aplicable por remisión del artículo 59 de la Ley 788 de 2002, señala que las liquidaciones oficiales deben contener, entre otros requisitos, las bases de cuantificación del tributo, exigencia que en el caso no se observó, lo que pone en evidencia la deficiente motivación de los actos demandados.

El argumento expuesto por el apelante, según el cual la actora tenía el conocimiento suficiente de la normativa aplicable que le permitía ejercer efectivamente su derecho de defensa, por ser la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica y tener a su cargo la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público en ese municipio, no es suficiente para demostrar la validez del acto, toda vez que las decisiones de la administración deben contener la motivación suficiente, es decir, estar justificadas con las razones que permitan al afectado, cualquiera sea su condición, ejercer debidamente sus derechos de contradicción y defensa.

Por las razones expuestas, la Sala no da prosperidad al recurso de apelación y, en consecuencia, confirma la nulidad de los actos demandados. Sin embargo, como en el numeral primero de la parte resolutive, además de la liquidación oficial del tributo se anuló "*el recurso de reconsideración*", debiéndose anular el acto que resolvió dicho recurso, la Sala modifica el referido numeral para indicar los dos actos administrativos que se anulan.

Además, con fundamento en el artículo 170 del C.C.A., que permite al juez restablecer el derecho conforme corresponde legalmente, la Sala modifica los restantes numerales y, en su lugar, declara que la actora no está obligada a pagar suma alguna por concepto de los actos anulados y ordena la devolución a la actora de la póliza de



garantía N° 1001310001250 expedida el 21 de diciembre de 2010 por Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., pues esta decisión no fue apelada por el Municipio.

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

FALLA

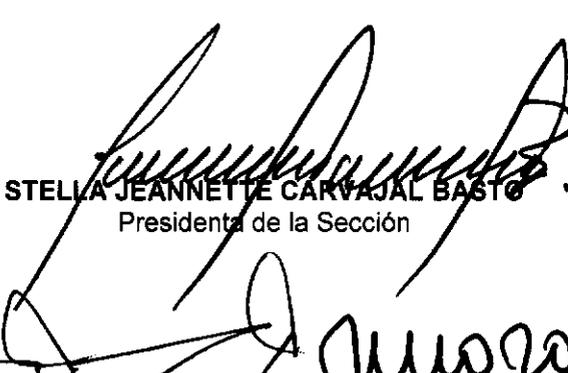
MODIFICAR la sentencia apelada, la que queda así:

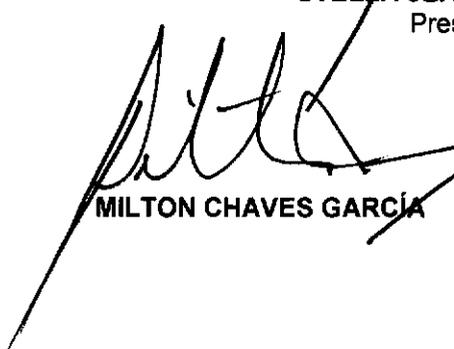
PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Liquidación Oficial N° 2009-001 de 22 de octubre de 2009 y la Resolución N° 2010-001 de 7 de octubre de 2010, expedidas por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Maicao.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que la actora no debe suma alguna por concepto de los actos anulados y **ORDENAR** la devolución a la actora de la póliza de garantía N° 1001310001250 expedida el 21 de diciembre de 2010 por Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

Cópiese, notifíquese y comuníquese. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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


STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sección


MILTON CHAVES GARCÍA


JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ