

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción:	Popular
Radicación:	13-001-33-31-005-2007-00067-01
Demandante:	Juan Carlos Vargas Sánchez
Demandado:	Municipio de El Carmen de Bolívar y ELECTRICARIBE S.A. E.S.P
Asunto	Protección de los derechos colectivos a los consumidores y usuarios del servicio público de energía y a la moralidad administrativa.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de marzo de 2013, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena negó el amparo de los derechos colectivos invocados por el actor.

III. ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

a). Pretensiones

El señor Juan Carlos Vargas Sánchez presentó acción popular contra el Municipio de El Carmen de Bolívar y ELECTRO COSTA S.A., en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. *Sírvase ordenarle a la empresa ELECTRIFICADORA DE LA COSTA S.A E.S.P. (ELECTRO COSTA), que se abstenga de incluir en las facturas que en adelante sean enviadas a los usuarios del servicio de energía el valor correspondiente al impuesto de alumbrado público. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 9, 186 de la ley 142/94 y demás normas concordantes. Al igual que el artículo 8 del Decreto 2223/96*

2. *Con base en el artículo 39 de la ley 472 de 1998, sírvase ordenarle a la **ELECTRIFICADORA DE LA COSTA S.A. E.S.P. – ELECTRO COSTA** - y al Municipio de **EL CARMEN DE BOLIVAR** (Departamento de Bolívar), cancelar solidariamente en favor del suscrito (actor popular), un incentivo igual o superior a los (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de efectuarse el pago, lo anterior, con base en la sentencia de febrero 16 de 2006 proferida por el honorable consejo de estado sección tercera rad:17001-23-31-000-2004 ref:(Ap-00237) y en la cual la máxima autoridad contencioso administrativa ordenó en un caso similar al **sub-judice** (no cobro del impuesto alumbrado público dentro de la factura de servicio de energía) **el pago de un incentivo equivalente a (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes**. Para lo cual, la honorable corporación tuvo en cuenta la actuación del actor encaminada a proteger el derecho colectivo de todos los usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica de la referida localidad, y cuya vulneración se prolongó por más de cincuenta meses. Condiciones estas que están más que reunidas en esta*



demanda si se tiene en cuenta que la empresa **ELECTRIFICADORA DE LA COSTA S.A. E.S.P (ELECTROCOSTA)** tiene más de (10) años de estarle cobrando a sus usuarios indebidamente el tan mencionado impuesto. Amen, de la magnitud de la cuantía que mensualmente la empresa ELECTROCOSTA la cobra ilegalmente a los del servicio de energía, es decir, unos **TRECE MIL CIENTO OCHO MILLONES DE PESOS (\$13.108.000.000)** anuales, es decir, unos **MIL NOVENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (\$1.092.000.000)** mensuales, esto; solo en la ciudad de Cartagena, sin incluir los dineros que recaudan por el mismo concepto en cada uno de los municipios que conforman el Departamento de Bolívar, y en los cuales se cobra el mismo rubro, incluyendo obviamente, el Municipio de **EL CARMEN DE BOLIVAR**.

Por tal razón, y reconociendo el ingente beneficio en favor de los usuarios del servicio de energía; sírvase ordenarle a la **ELECTRIFICADORA DE LA COSTA, S.A. E.S.P (ELECTROCOSTA)** y al municipio de **EL CARMEN DE BOLIVAR** (Departamento de Bolívar) cancelar en favor del suscrito (actor popular) el incentivo deprecado.

b). Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda, el actor afirmó, en resumen, lo siguiente:

En las facturas de cobro que expide mensualmente, ELECTROCOSTA les cobra a sus usuarios en los diferentes estratos (residenciales, comerciales, industriales, oficiales, especiales y bloques) un impuesto de alumbrado público, cuyo valor varía de acuerdo al estrato y nivel del inmueble.

De acuerdo con un estudio realizado por la Cámara de Comercio de Barranquilla y FUNDESARROLLO, publicado el 13 de diciembre de 2005, ELECTROCOSTA recauda de sus usuarios por concepto de alumbrado la suma de \$13.108.000.000 anuales, es decir, \$ 1.092.000.000 mensuales, solo en la ciudad de Barranquilla, sin incluir los dineros que recauda por el mismo rubro, incluyendo el Municipio de El Carmen de Bolívar, dineros que no deben cobrarse por la empresa demandada.

Al cobrarles mensualmente a sus usuarios un impuesto de alumbrado público en la factura de energía, que nada tiene que ver con el servicio que presta, ELECTROCOSTA vulnera los derechos de los consumidores y usuarios del servicio de energía y el derecho a la moralidad administrativa.

3.2. Contestación.

3.2.1. ELECTROCOSTA S.A hoy ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.¹ contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con apoyo en los siguientes argumentos:

¹ Fls. 119-211



Recauda un impuesto a favor del Municipio de El Carmen de Bolívar, de conformidad con las normas que regulan la materia y los actos administrativos de carácter general que expiden los Concejos Municipales.

En este caso se configuran las siguientes excepciones de mérito **1).** Inexistencia de violación de derechos colectivos por la legalidad del impuesto de alumbrado público, toda vez que las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 autorizan la determinación e imposición del impuesto de alumbrado público; **2).** El servicio de alumbrado público como derecho colectivo y la obligación de la comunidad de contribuir a su prestación y mantenimiento.

En virtud de la sentencia C-504 de 2010 el impuesto de alumbrado público debe entenderse vigente para todos los municipios y distritos del país.

La prestación del alumbrado público (iluminación de vías públicas, parques público y demás espacios libre circulación etc.), son responsabilidad del municipio, de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución N° 043 de 1995 de la CREG en concordancia con el artículo 4º del Decreto 2424 de 2006 y el artículo 29 de la Ley 1150 de 2006, normas que establece los elementos que se deben cumplir en los contratos estatales de alumbrado público.

Celebró contrato con el Municipio para el suministro de energía eléctrica, facturación y recaudo por el tributo por concepto de alumbrado público y, en desarrollo de la Resolución CREG mencionada, solo suministra el servicio de energía eléctrica y la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 282-298).

La Juez de primera instancia manifestó que, de conformidad con las normas citadas, en especial el artículo 9º del Decreto 2424 de 2006 y las resoluciones de la autoridad reguladora, sí es procedente cobrar el impuesto de alumbrado público a los usuarios del servicio de energía eléctrica a través de la factura de cobro de este servicio, ya que se trata de un impuesto creado por ley, y esta forma de recaudo se encuentra autorizada por la comisión de regulación correspondiente en la Resolución No. 043 y por el Decreto 2424 de 2006.

El cobro del impuesto de alumbrado público en la factura de energía igualmente es razonable, porque está en conexión con tal servicio, y corresponde a una actividad complementaria que resultan inescindible.

El actor no demostró que lo cobrado a los habitantes de El Carmen de Bolívar por concepto de impuesto de alumbrado público en las facturas de energía eléctrica no se ajusta al valor del costo, que es lo que puede cobrarse a través de las facturas del servicio de energía según el artículo 9º del Decreto 2424 de 2006.



Finalmente, de acuerdo con la Resolución 005 de 2012 de la CREG, es el usuario quien puede solicitar la facturación separada asumiendo el costo de esa facturación. El actor no demostró que esa fuese la decisión de los habitantes del municipio de El Carmen de Bolívar.

En consecuencia, al no existir acreditación de vulneración de los derechos colectivos invocados, negó las pretensiones de la demanda.

3.4. Recurso de apelación.

El demandante, luego de realizar un recuento de las normas y jurisprudencia relacionadas con el impuesto de alumbrado público, señaló que el Juez de primera instancia negó la protección de los derechos colectivos de los usuarios con fundamento en la Resolución 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006, aduciendo que la entidad accionada sí puede cobrar el impuesto de alumbrado público a través de las facturas que mensualmente les expide; y estimó errada esa conclusión por las siguientes razones:

La resolución mencionada facultó a los municipios para que celebraran convenios con las empresas de servicios públicos para el cobro del servicio de alumbrado público, utilizando la infraestructura de las empresas distribuidoras, pero eso no significa que dichas empresas pudieran cobrar el impuesto de alumbrado dentro de la factura que expiden a sus usuarios para el cobro del servicio de energía.

Los derechos colectivos, no se vulneran por el hecho de que ELECTRICARIBE sea quien cobre el servicio de alumbrado público, sino por el hecho de efectuar dicho cobro utilizando la misma factura que mensualmente les expide a sus usuarios para el cobro del servicio de energía; es decir, por efectuar el cobro dentro de la factura, pues tal conducta es la que atenta contra los derechos de los usuarios del servicio de energía al no cobro de servicios no prestados.

Si en gracia de discusión, se aceptara que la interpretación hecha por el juzgador respecto a la Resolución 043 de 1995 es correcta, en la medida que la misma faculta a las empresas de servicios públicos a cobrar el impuesto de alumbrado dentro de la factura, sus usuarios tendrían que concluir que tal Resolución (acto administrativo), sería inaplicable por contrariar normas de orden superior, de carácter especial, y expedidas con posterioridad a la resolución mencionada (Ley 142/94, artículos 9, 148 y 186 ibídem, artículo 8 del Decreto 2223 de 1996 adicionado por el Decreto 828 de 2007), pues según el artículo 2 de la Ley 153 de 1887, y el numeral 1 y 2 del artículo 10 de Código Civil, (norma esta última aplicable a los servicios públicos domiciliarios según las voces del artículo 132 de



la ley 142 de 1994), la mencionada resolución quedaría derogada tácitamente y, en consecuencia, devendría inaplicable.

Agregó que las normas mencionadas conducen inequívocamente a la conclusión de que dentro de las facturas de servicios públicos domiciliarios no se les puede cobrar a los usuarios servicios no prestados; así dichos conceptos estén fundamentados en otras normas de carácter legal, salvo que cuenten con la autorización expresa del usuario.

Señaló que el a-quo no tuvo en cuenta, estando obligado a hacerlo, el contenido de los precedentes judiciales decantados por el Consejo de Estado respecto al caso que nos ocupa, por tratarse de un caso similar al sub-judice. Lo anterior, en aras de preservar el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y el principio fundamental al debido proceso.

Citó en su apoyo la sentencia de 13 de agosto de 2008, radicación número: 25000-23-27-000-2004-00888-01 (AP), C.P. Ruth Stella Correa y las normas antes mencionadas.

Finalmente, solicitó se revocara íntegramente la sentencia apelada y, en su lugar, conceda las pretensiones deprecadas por el actor, relacionadas con que ELECTRICARIBE se abstenga de incluir en las facturas que en adelante sean enviadas a los usuarios del servicio de energía, el valor correspondiente al impuesto de alumbrado público.

3.5. Actuación procesal de la instancia.

Mediante auto de 30 de mayo de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 315-316); por providencia de 22 de agosto de 2013 se solicitó unas pruebas a la Alcaldía Municipal de El Carmen de Bolívar (f. 319); , por auto de 5 de diciembre de 2013 se requirió a la demandada para que aportara las pruebas solicitadas (f. 336); mediante auto de 20 de mayo de 2014 se requirió por segunda vez la prueba solicitada (f.372), y por auto de 22 de octubre de 2014 se requirió por tercera y última vez (f.376).

Por auto de 2 de febrero de 2015 se solicitó pruebas a ELECTRICARIBE (f. 392); mediante auto de 15 de diciembre de 2015 se corrió traslado por el término de 3 días para que ELECTRICARIBE indicara las razones por las cuales no había allegado la prueba solicitada (f. 395); por auto de 22 de febrero de 2016 se sancionó a ELECTRICARIBE (fs.414-415); el cual fue objeto de recurso de reposición (fs. 416-420), decidida en forma favorable por auto de 8 de agosto de 2017 (fs. 423-424).

3.6. Control de legalidad



Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción popular en segunda instancia, según lo establecido en los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998.

El recurso que se resuelve en la presente providencia corresponde a la apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del medio de control de la referencia.

4.2. Generalidades de la acción popular

La acción popular, instituida en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tiene como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Los derechos e intereses colectivos no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Los supuestos que deben probarse para que proceda la acción popular son los siguientes: **a)** una acción u omisión de la parte demandada, **b)** un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, distintos del que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, **c)** la relación de causalidad entre la acción u omisión y la afectación de tales derechos e intereses.

El artículo 4º de la Ley 472/98 señala como derechos e intereses colectivos, entre otros: (...) b) La moralidad administrativa, (...) n) Los derechos de los consumidores y usuarios, derechos considerados violados en el presente caso.

4.3. Derechos colectivos invocados.

4.3.1. Sobre los derechos de los consumidores y usuarios.

El artículo 78 de la Constitución Política, estableció los derechos de los consumidores y usuarios, así:



"ARTICULO 78. *La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos".

El literal n) del artículo 4º de la Ley 472/98 consagró entre los derechos colectivos, los de los consumidores y usuarios.

La Corte Constitucional, en sentencia C-133/14, señaló que "el derecho de consumidores y usuarios se enmarca dentro de los derechos colectivos cuya interpretación la determina, entre otros principios, el principio de Estado social que se consagra en el artículo 1º de la Constitución. En este sentido, se ha entendido que el contenido de este derecho apunta a la protección sustancial de los ciudadanos que entran en relación con proveedores y distribuidores de bienes y servicios, respectivamente. Dicha concepción de protección sustancial en un contexto de Estado social es plenamente distinguible de la concepción liberal basada en una relación en igualdad de condiciones y absoluta libertad de negociación entre consumidor y productor o distribuidor de bienes, o prestador de servicios, la cual es una situación ficta en la gran mayoría de los casos en que dicha relación se presenta".

La Constitución le otorgó al Legislador la regulación de dos aspectos: el control de la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, y la información que debe suministrarse al público en la comercialización de los bienes y servicios.

- Derecho a la moralidad administrativa.

El Consejo de Estado ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, contenido en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, se asimila a lo que en derecho penal se ha denominado como una norma en blanco, al contener elementos cuya definición se encuentran, o se deberían hallar en otras disposiciones, y que para verificar su posible amenaza o vulneración es necesario acudir al desarrollo específico que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio.

Por el carácter legislado del derecho colombiano, el estudio que debe efectuarse en las acciones populares sobre la moralidad administrativa no está



encaminado a hacer un juicio volitivo o de conciencia sobre la actuación del funcionario o del Estado, pues lo perseguido a través de esta acción no es otra cosa que la protección del derecho a la moralidad administrativa, donde la evaluación de la conducta de la autoridad sólo puede hacerse bajo la perspectiva de la función administrativa, enmarcada por los principios constitucionales y las normas jurídicas.

Para que pueda hablarse de vulneración a dicho derecho, debe existir necesariamente una transgresión al ordenamiento jurídico, además de otros elementos adicionales, porque no toda ilegalidad atenta contra dicho derecho, debiendo probarse también la mala fe de la Administración y la vulneración a otros derechos colectivos.

A la luz de la Constitución Política, la moralidad administrativa ostenta naturaleza dual, funge como principio de la función administrativa y como derecho colectivo.

En el primer caso, esto es como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido esta corporación en fallos anteriores.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos.

- En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación".

La Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del "fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad".

- En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa

supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. (...) Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con "el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero", noción que sin duda se acerca a la desviación de poder.

4.4. Problema jurídico

Atendiendo el contenido del recurso de apelación, corresponde a esta Corporación establecer si en el sub lite el Municipio de El Carmen de Bolívar y ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. están vulnerando los derechos colectivos de los habitantes del municipio demandado en consideración a que dicha empresa realiza el cobro del impuesto de alumbrado público en las facturas del servicio de energía.

4.5. Tesis del Despacho

La Sala revocará la sentencia de primera instancia y accederá a las pretensiones de la demanda, toda vez que si bien quedó demostrado que los municipios están autorizados para suscribir convenio con terceros para el recaudo del impuesto de alumbrado público y, en efecto, el Concejo Municipal autorizó al Alcalde Municipal de El Carmen de Bolívar para que suscribiera convenio con Electrocosta S.A. E.S.P., en el asunto bajo estudio dichas entidades no suscribieron ningún convenio o contrato que permitiera el recaudo de dicho impuesto.

4.6. Estudio de fondo del recurso.

4.6.1. Normas que regulan el impuesto de alumbrado público y su cobro.

De acuerdo con el artículo 311 de la Constitución Política, al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, entre ellos el de alumbrado público.

Dicho servicio no reviste el carácter de domiciliario y por ello no está sometido a las reglas previstas por las Leyes 142 y 143 de 1994. De allí que el alumbrado público no está sometido al régimen tarifario por el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, sino al marco regulatorio que al efecto ha expedido la Comisión de Regulación de Energía y Gas (Resoluciones CREG 043 de 1995 y 043 y 089 de 1996, en consonancia con las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915).



Las normas enunciadas autorizan el cobro del alumbrado público como tributo y permiten que el municipio lo preste directamente o celebre contratos o convenios para su prestación o expansión.²

De acuerdo con el artículo 1º de la Resolución CREG 043 de 1995, *"Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público"*, el alumbrado *"es un servicio público consistente en la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el Municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular"*.

Esta Resolución fue demandada en acción de nulidad ante el Consejo de Estado, quien mediante sentencia de 12 de junio de 1997 (M.P. Manuel Urueta Ayola), señaló que la prestación del servicio de electricidad, a nivel local, radica en el Municipio, el cual, puede contratar el suministro del servicio de alumbrado público, por lo cual no declaró la nulidad del acto acusado.

Mediante sentencia de 15 de agosto de 2007, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, dentro del radicado número: 2003-00689-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, se precisó lo siguiente:

"...El servicio público de alumbrado público en tanto *"servicio inherente"* puede ser cobrado en la factura a través de las facturas del servicio público domiciliario de energía, a pesar de no revestir el carácter de domiciliario:

"Es procedente anotar que de conformidad con la Circular Externa SSPD 006 de 14 de mayo de 2003, con apoyo en lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-035 de 2003 - que declaró exequible el segmento normativo del artículo 130 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001 que señala que las facturas con destino al servicio de alumbrado público prestan mérito ejecutivo-, es procedente el cobro del impuesto del alumbrado público a través de las facturas del servicio público de energía³, a pesar de no tratarse de un servicio público domiciliario al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 142⁴, sin que sea menester hacerlo en cupón separado

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C. P: Ruth Stella Correa Palacio, 15 de agosto de 2007, radicado número: AP-25000-23-26-000-2003-00689-01.

³ Sobre el cobro de otros factores en la factura de servicios públicos Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente ACU-1161, sentencia de 11 de septiembre de 2003, C.P. Camilo Arciniega.

⁴ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto SSPD 20011300000736 en www.superservicios.gov.co



13-001-33-31-005-2007-00067-01

–según la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁵– por tratarse de un servicio inherente al de energía.”⁶

Y aunque el municipio es el responsable directo de su prestación puede hacerlo, como ya se indicó, a través de un tercero previa celebración de un contrato regido por las normas propias del estatuto de contratación de la administración pública, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° del decreto reglamentario 2424 de 2006⁷ y el artículo 29 de la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.⁸ Así lo tenía establecido esta Sala aún antes de la expedición de estos dos últimos preceptos:

“Ahora bien, el municipio es el responsable directo de su prestación, sólo que puede prestarlo a través de un tercero cuando medie un contrato” para que se encargue del suministro, mantenimiento y expansión del servicio de alumbrado público, caso en el cual la prestación del servicio se regirá por lo dispuesto en el contrato o convenio celebrado.¹⁰

“Ahora, tal y como lo señala la CREG, el régimen aplicable a los contratos de concesión del servicio de alumbrado público es la Ley 80 de 1993, por cuanto una de las partes contratantes es un ente territorial: el municipio o distrito, sujeto a autorización previa del respectivo Concejo Municipal o Distrital, según el caso, el cual, a su vez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 338 de la Carta Política puede autorizar al Alcalde para que establezca las tarifas respectivas”¹¹.

Así mismo, el Decreto 2424 de 2016 “por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público”, establece:

“Artículo 1°. Campo de Aplicación. El presente decreto aplica al servicio de alumbrado público y a las actividades que realicen los prestadores de este servicio.

Artículo 2°. Definición Servicio de Alumbrado Público. Es el servicio público no domiciliario que se presta con el objeto de proporcionar exclusivamente la iluminación de los bienes de uso público y demás espacios de libre circulación con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural de un municipio o Distrito. El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía al sistema de alumbrado público, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición y la expansión del sistema de alumbrado público.

⁵ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Concepto SSPD-OJ-2005-023, en www.superservicios.gov.co

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 19 de mayo de 2005, Rad.: 63001-23-31-000-2002-00719-02, Actor: Gabriel Herrera Castañeda Romero, Ref.: Ap – 00719, C.P. María Elena Giraldo Gómez

⁷ Por el cual se regula la prestación del servicio de alumbrado público. DIARIO OFICIAL No. 46.334 de 19 de julio de 2006.

⁸ Diario Oficial No. 46.691, lunes 16 de julio de 2007.

⁹Vid. Concepto SSPD 200013000000507 en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, Tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá, primera edición, 2001, P. 300 y ss. En el mismo sentido Concepto SSPD-OJ-2005-062, en www.superservicios.gov.co

¹⁰ Concepto MME-CREG-E-2003-006424, Respuesta: S – 2004 – 000048, en www.creg.gov.co. En el mismo sentido SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Concepto SSPD 20021300000552-A, en www.superservicios.gov.co

¹¹ Concepto MME-CREG-E-2003-006662, Respuesta: S – 2004 – 000265, en www.creg.gov.co



Parágrafo. La iluminación de las zonas comunes en las unidades inmobiliarias cerradas o en los edificios o conjuntos residenciales, comerciales o mixtos, sometidos al régimen de propiedad respectivo, no hace parte del servicio de alumbrado público y estará a cargo de la copropiedad o propiedad horizontal. También se excluyen del servicio de alumbrado público la iluminación de carreteras que no estén a cargo del municipio o Distrito.

Artículo 3°. Sistema de Alumbrado Público. Comprende el conjunto de luminarias, redes, transformadores de uso exclusivo y en general, todos los equipos necesarios para la prestación del servicio de alumbrado público, que no formen parte del sistema de distribución.

Artículo 4°. Prestación del Servicio. Los municipios o distritos son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público. El municipio o distrito lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público.

Parágrafo. Los municipios tienen la obligación de incluir en sus presupuestos los costos de la prestación del servicio de alumbrado público y los ingresos por impuesto de alumbrado público en caso de que se establezca como mecanismo de financiación.

Artículo 5°. Planes del servicio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 143 de 1994, los municipios y distritos deben elaborar un plan anual del servicio de alumbrado público que contemple entre otros la expansión del mismo, a nivel de factibilidad e ingeniería de detalle, armonizado con el plan de ordenamiento territorial y con los planes de expansión de otros servicios públicos, cumpliendo con las normas técnicas y de uso eficiente de energía que para tal efecto expida el Ministerio de Minas y Energía.

Artículo 6°. Régimen de contratación. Todos los contratos relacionados con la prestación del servicio de alumbrado público, que celebren los municipios o distritos con los prestadores del mismo, se registrarán por las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o complementen.

Parágrafo. Los contratos que suscriban los Municipios o distritos, con los prestadores del servicio de alumbrado público, para que estos últimos asuman la prestación del servicio de alumbrado público, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, deben garantizar la continuidad en la ejecución de la expansión con parámetros específicos de calidad y cobertura del servicio de alumbrado público, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 7°. Contratos de suministro de energía. Los contratos para el suministro de energía eléctrica con destino al servicio de alumbrado público, deberán cumplir con la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto. En todo caso, en los contratos de suministro de energía, se deberá garantizar la libre concurrencia de los oferentes en igualdad de condiciones.

Artículo 8°. Regulación Económica del Servicio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994, corresponderá a la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, regular los aspectos económicos de la prestación del servicio de alumbrado público.

Artículo 9°. Cobro del costo del servicio. Los municipios o distritos que hayan establecido el impuesto de alumbrado público podrán cobrarlo en las facturas de los servicios públicos, únicamente cuando este equivalga al valor del costo en que incurre por la prestación del mismo. La remuneración de los prestadores del servicio de alumbrado público deberá estar basada en costos eficientes y





podrá pagarse con cargo al impuesto sobre el servicio de alumbrado público que fijen los municipios o distritos.

Artículo 10. Metodología para la determinación de costos máximos. Con base en lo dispuesto en los Literales c) y e) del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas establecerá una metodología para la determinación de los costos máximos que deberán aplicar los municipios o distritos, para remunerar a los prestadores del servicio así como el uso de los activos vinculados al sistema de alumbrado público.

Parágrafo. Para el suministro de energía con destino al alumbrado público se podrá adoptar por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG un régimen de libertad de precios o libertad regulada, de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 142 de 1994, y demás normas que la modifiquen, adicionen o complementen.

Artículo 11. Criterios para determinar la Metodología. De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley 143 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, aplicará los siguientes criterios para definir la metodología a que se hace referencia en el artículo anterior:

- 1. Eficiencia económica.** Se utilizarán costos eficientes para remunerar el servicio.
- 2. Suficiencia financiera.** Se garantizará la recuperación de los costos y gastos de la actividad, incluyendo la reposición, expansión, administración, operación y mantenimiento; y se remunerará la inversión y patrimonio de los accionistas de los prestadores del servicio.
- 3. Simplicidad:** la metodología se elaborará de tal forma que se facilite su comprensión, aplicación y control.
- 4. Transparencia.** La metodología será explícita y pública para todas las partes involucradas en la prestación del servicio y para los beneficiarios del mismo.
- 5. Integralidad.** Los precios máximos reconocidos tendrán el carácter de integral, en el sentido en que supondrán un nivel de calidad, de acuerdo con los requisitos técnicos establecidos por el Ministerio de Minas y Energía, y un grado de cobertura del servicio, de acuerdo con los planes de expansión del servicio que haya definido el municipio o distrito.

Artículo 12. Control, inspección y vigilancia. Para efectos de la prestación del servicio de alumbrado público se ejercerán las funciones de control, inspección y vigilancia, teniendo en cuenta las siguientes instancias:

- 1. Control Fiscal.** La Contraloría General de la República, de conformidad con la normatividad constitucional y legal vigente, ejercerá control fiscal permanente sobre los municipios o distritos, en cuanto a la relación contractual con los prestadores del servicio y con los interventores.
- 2. Control a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.** La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), ejercerá el control y vigilancia sobre las personas prestadoras de Servicios Públicos en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994.
- 3. Control Técnico.** Las interventorías de los contratos de prestación de servicio de alumbrado público además de las obligaciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, ejercerán un control técnico con sujeción a la normatividad que expida para esos fines el Ministerio de Minas y Energía.



4. Control Social. Para efectos de ejercer el control social establecido en el artículo 62 de la Ley 142 de 1994 los contribuyentes y usuarios del servicio de alumbrado público podrán solicitar información a los prestadores del mismo, a la Contraloría General de la República y a la interventoría. Los municipios o distritos definirán la instancia de control ante la cual se interpongan y tramiten las peticiones, quejas y reclamos de los contribuyentes y usuarios por la prestación del servicio de alumbrado público.

Artículo 13. Funciones del Ministerio de Minas y Energía. En cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 67 de la Ley 142 de 1994 y 3° del Decreto 070 de 2000, corresponderá al Ministerio de Minas y Energía, ejercer en relación con el servicio de alumbrado público, las siguientes funciones:

1. Expedir los reglamentos técnicos que fijen los requisitos mínimos que deben cumplir los diseños, los soportes, las luminarias y demás equipos que se utilicen en la prestación del servicio de alumbrado público.
2. Recolectar y divulgar directamente o en colaboración con otras entidades públicas y privadas, información sobre nuevas tecnologías y sistemas de medición aplicables al servicio de alumbrado público.
3. Expedir la reglamentación correspondiente al ejercicio de la interventoría en los contratos de prestación del servicio de alumbrado público.

Artículo 14. El presente decreto rige a partir de su publicación.

La limitación que hace el artículo 9 en cita, en cuanto a que el valor del alumbrado no puede exceder el valor de los costos en que incurre en el municipio para su prestación, es coherente con lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 9 de la Resolución 043/1995 de la GREG, la cual establece: "El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo la expansión y mantenimiento".

Por otro lado, el Gobierno Nacional con la expedición de la Ley 1753 de 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país", en su artículo 191 le realizó una modificación al impuesto de alumbrado público señalando que el mismo sería una contribución. No obstante, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-272-16 de 25 de mayo de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

4.6.2. Pruebas relevantes para decidir

- Factura N° 4263677 de 8 de mayo de 2007, en el cual consta que la que ELECTRO COSTA S.A. E.S.P., realiza el cobro por el servicio de alumbrado público a un particular (f. 13).

- Certificación de 7 de septiembre de 2001, mediante el cual el Presidente del Concejo Municipal de El Carmen de Bolívar, hace constar que el Acuerdo 010 de 6 de septiembre de 2001, "mediante el cual se establece el cobro de la tasa por alumbrado público en el municipio de El Carmen de Bolívar" cumplió con sus dos

debates de aprobación, los cuales fueron realizados el 27 de agosto y el 2 de septiembre de 2001, para lo cual remitió copia de las actas suscritas en las fechas mencionadas y de los informes de comisión (fs. 212-223).

- Copia del Acuerdo 010 de 6 de septiembre de 2001, *"mediante el cual se establece el cobro de la tasa por alumbrado público en el Municipio de El Carmen de Bolívar"* (fs. 351-353).

- Copia del proyecto de acuerdo *"Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público, se conceden autorizaciones y se dictan otras disposiciones"*, copia del informe de comisión y del acta de la comisión de 24 de agosto de 2005 (fs. 354-359).

- Copia del Acuerdo N° 007 de 6 de junio de 2005 *"Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones"* (fs. 366-369).

- Copia del Acuerdo N° 008 de 31 de agosto de 2005, *"Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal para contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones"*. Así mismo, deroga en su totalidad el acuerdo anterior (fs. 360-364).

- Certificado de 31 de agosto de 2005, mediante el cual el Presidente del Concejo Municipal de El Carmen de Bolívar hace constar que el acuerdo anterior cumplió sus dos debates reglamentarios los días 26 de agosto y 31 de agosto de 2005 (f.365).

- Copia del contrato N° 001 de 24 de octubre de 2005 denominado *"contratación por el sistema de concesión, la reposición, mantenimiento, operación, expansión, repotenciación y administración del sistema de alumbrado público de la cabecera municipal de El Carmen de Bolívar – Bolívar"* (fs. 379-389).

4.6.3. Aplicación de las normas descritas al sub-lite y estudio de las pruebas allegadas al proceso.

De acuerdo con las normas y jurisprudencia descritas en un acápite anterior, es evidente que el Municipio de El Carmen de Bolívar tiene la obligación constitucional y legal de garantizar el servicio de alumbrado público, mediante su prestación directa o a través de un tercero, previa celebración de un contrato regido por las normas propias del estatuto de contratación de la administración pública, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto



Reglamentario 2424 de 2006 y el artículo 29 de la ley 1150 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.

Así mismo, el artículo 2º del Decreto Reglamentario 2424 de 2006, contempla la posibilidad que tienen los municipios para cobrar el alumbrado público, en la misma factura de servicios públicos.

En el proceso está probado que el impuesto de alumbrado público en el Municipio de El Carmen de Bolívar es recaudado por ELECTRO COSTA S.A. E.S.P. hoy ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., en la misma factura que se cobra el servicio público domiciliario de energía eléctrica (f.13).

Si bien el artículo 148 de la Ley 142 de 1994 establece "*No se cobrarán servicios no prestados, tarifas ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos*", es claro para la Sala que dicha prohibición no involucra el servicio de alumbrado público por cuanto aquella hace referencia a conceptos inherentes o propios del servicio domiciliario de energía eléctrica; de manera que el cobro en la factura de energía domiciliaria del tributo de alumbrado público, está autorizado expresamente, tal y como lo ha manifestado la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En el Sub examine, está probado que el Concejo Municipal de El Carmen de Bolívar, por Acuerdo 010 de 6 de septiembre de 2001, estableció el cobro de la tasa por alumbrado público en el Municipio de El Carmen de Bolívar"¹², en los siguientes términos:

"MEDIANTE EL CUAL SE ESTABLECE EL COBRO DE LA TASA POR ALUMBRADO PÚBLICO EN EL MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR"

EL HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL DE EL CARMEN DE BOLIAR (sic), en uso de sus atribuciones Constitucionales en uso de sus atribuciones Constitucionales contenidas en el artículo 313 numeral 4 y legales contenidas en las leyes 14/83, 44/90, 99/93, 136/94, 142/94 y 617/2000 y los Acuerdos Nos. 038/91, 041/91, 043/95

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a la Ley 142 de 1994 corresponde al MUNICIPIO, la prestación del Servicio de Alumbrado Público dentro de su jurisdicción, así como efectuar el mantenimiento a los postes, redes y transformadores que sean de uso exclusivo del servicio, de alumbrado público, al igual que a las luminarias y demás elementos destinados para la prestación del mencionado servicio.

Que a pesar de la obligatoriedad legal de la prestación del servicio por parte del municipio; éste no se ha reglamentado, con lo cual se causó un gran perjuicio al ente territorial quien deberá responder por la deuda de las

¹² fs. 351-353





13-001-33-31-005-2007-00067-01

administraciones anteriores por concepto de Alumbrado Público en toda la jurisdicción municipal, desde el momento en que entró en vigencia la Ley.

Que la situación de orden público que afecta la zona, amerita la prestación del servicio de alumbrado público.

Que es de conocimiento público que el Municipio de El Carmen de Bolívar arrastra un gran déficit fiscal tanto en inversión como en funcionamiento, lo que hace imposible que el ente territorial pueda sufragar en su totalidad los gastos por consumo de alumbrado público: siendo de imperiosa necesidad establecer cobro a los usuarios de la energía eléctrica, de una tasa por alumbrado público.

En consideración a lo anterior.

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Establézcase en El Municipio de El Carmen de Bolívar el cobro de la TASA por ALUMBRADO PUBLICO.

ARTÍCULO SEGUNDO.- HECHO GEXERADOR: (...)

ARTÍCULO TERCERO.- SUJETO PASIVO: (...)

ARTÍCULO CUARTO.- BASE GRAVABLE: Se tendrá en cuenta la facturación de la Energía consumida por el usuario y la categoría del usuario, dependiendo del tipo de Sociedad Industrial o Comercial, Entidades Oficiales y el Residencial de acuerdo a la estratificación Socio-Económica en que se encuentre clasificado

ARTÍCULO QUINTO.- TARIFAS: (...)

ARTÍCULO SEXTO.- LIQUIDACIÓN DE LA TASA (...)

ARTÍCULO SÉPTIMO.- FORMA DE PAGO: La tasa se cancelará mensualmente en la Tesorería Municipal o en la oficina de la entidad que el Alcalde Municipal designe o contrato.

ARTÍCULO OCTAVO.- DESTINACIÓN DE LA TASA.

Así mismo, mediante Acuerdo N° 008 de 31 de agosto de 2005¹³, se autorizó al Alcalde Municipal para contratar por el sistema de concesión el servicio de alumbrado público, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones", así:

"...ACUERDA

Artículo Primero: Autorícese al Alcalde Municipal de El Carmen de Bolívar, para que dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la ejecución del presente acuerdo, celebre un convenio o contrato con ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., para que recaude la tasa del impuesto de alumbrado público, en la facturación que esta empresa realiza a sus usuarios, quien deberá pagarlo en los plazos en que acuerde el Municipio del Carmen de Bolívar, en todo caso no podrá ser superior a los cuarenta y cinco (45) en que se haya efectuado en el recaudo, en caso de superar estos, se generaran intereses a la tasa máxima legal vigente a favor del municipio.

¹³ Fs. 360-364



Artículo Segundo: Los recaudos del impuesto de alumbrado de (sic) público se destinarán para la iluminación de las vías públicas, parques públicos y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del Municipio de El Carmen de Bolívar.

Artículo Tercero: Autorícese al Alcalde Municipal para ceder el cien por ciento (100%) de los recursos provenientes del cobro del impuesto de alumbrado público y comprometer vigencias futuras por un plazo máximo de veinte (20) años.

Artículo Cuarto: Autorícese al Alcalde Municipal a comprometer mediante pignoración de recursos hasta el cinco por ciento (5%) de los recursos del Sistema General de Participación, por un plazo máximo de veinte (20) años, para el pago de la prestación del servicio de alumbrado público, en caso de que el mismo sea deficitario.

Artículo Quinto: Autorícese al Alcalde Municipal de El Carmen de Bolívar para entregar en concesión por no más de veinte (20) años las actividades de reposición, mantenimiento, operación, expansión, repotenciación y administración del sistema de alumbrado público; así como también para contratar las labores de intervención de dicho contrato.

Artículo Sexto: En el caso de que el Municipio de El Carmen de Bolívar entregue en concesión el servicio de la operación, mantenimiento y administración del servicio de alumbrado público, los dineros que se recauden por este concepto serán administrados a través de una fiducia e invertidos por el administrador del servicio de alumbrado público en todo el territorio del Municipio de El Carmen de Bolívar.

Artículo Séptimo: Las facultades para contratar la concesión de las actividades de reposición, mantenimiento, operación, expansión y repotenciación del Sistema de alumbrado público; así como también para contratar las labores de interventoría de dicho contrato tendrán un término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia del presente acuerdo. (...)"

En cumplimiento del Acuerdo anterior, el Alcalde Municipal de El Carmen de Bolívar el 24 de octubre de 2005, suscribió el Contrato 001 de 2005 con CONSTRUCCIONES HILSACA LTDA, denominado "contratación por el sistema de concesión, la reposición, mantenimiento, operación, expansión, repotenciación y administración del sistema de alumbrado público de la cabecera municipal de El Carmen de Bolívar – Bolívar", ¹⁴ cuyo objeto es el siguiente:

"...CLAUSULA PRIMERA: Objeto y alcance del contrato. El objeto del presente contrato estatal: Contratación por el sistema de concesión de la reposición, mantenimiento, operación, expansión, repotenciación y administración del sistema de alumbrado público de la Cabecera Municipal de El Carmen de Bolívar – Bolívar

(...) CLÁUSULA TERCERA: DE LAS OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO DE EL CARMEN DE BOLÍVAR – BOLÍVAR. Son obligaciones de EL CONCEDENTE las siguientes: a) Ceder el derecho del uso al concesionario de todos los bienes, equipos, maquinarias, redes, elementos, accesorios, que sean de su propiedad y que se encuentren destinados para la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio b) **Ceder al concesionario los ingresos por concepto de impuesto**

¹⁴ Fs. 379-389

de alumbrado público y la obligación de facturarlos y recaudarlos en caso de usuarios no regulados que no sean clientes de ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.

No obstante lo anterior, no obra en el expediente copia de convenio o contrato que hubiere suscrito ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., con el Municipio de El Carmen de Bolívar para la facturación y recaudo conjunto del impuesto de alumbrado público en las facturas de energía eléctrica de los usuarios de dicho municipio.

Para obtener la copia del convenio mencionado este Tribunal, mediante auto de 22 de agosto de 2013 le solicitó al Alcalde de El Carmen de Bolívar, quien no lo remitió.

Por auto de 2 de febrero de 2015 se requirió al representante legal de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. o a quien hiciera sus veces para que remitiera copia de los convenios que hubiere celebrado con el Municipio de El Carmen de Bolívar para el cobro del impuesto de alumbrado público (f.392), quien omitió respuesta, por lo cual el Tribunal inició trámite sancionatorio (f.395), y le impuso sanción por auto de 22 de febrero de 2016 (fs. 414-415).

Al interponer recurso de reposición ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., alegó que había remitido al Despacho la totalidad de los documentos que soportaban su relación con el Municipio; y el Tribunal en Sala Unitaria concluyó que de las respuestas dada por dicha empresa se infería que no tenía bajo su custodia el convenio o contrato que se le requirió y ello no ameritaba imponer sanción, por lo cual la revocó.

Concluye la Sala tanto de las respuestas ofrecidas por ELECTRICARIBE, como de la conducta procesal del Municipio al no aportar información sobre la celebración de convenio que autorizara el cobro del impuesto de alumbrado público en las facturas de cobro del servicio de energía eléctrica por parte de aquélla, y no remitir copia del mismo, que no celebraron convenio alguno en ejecución del Acuerdo 08/05 para que ELECTRICARIBE procediera al cobro de dicho impuesto en sus facturas.

Lo anterior, permite concluir a la Sala que aunque mediante Acuerdo se autorizó al Alcalde del Municipio de El Carmen de Bolívar para celebrar contrato o convenio para el recaudo del impuesto por conducto de ELETROCOSTA (hoy ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.), no celebró ninguno esta empresa, pese a lo cual viene efectuando su recaudo en la misma factura con la que cobra el servicio de energía eléctrica.

Si bien el cobro del servicio de alumbrado público en la misma factura de cobro del servicio de energía eléctrica está autorizado legalmente, tal como señaló la Circular Externa No. SSPD 006 de 14 de mayo de 2003, con fundamento en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994 y la Sentencia de la H. Corte Constitucional C-035 del 30 de enero de 2003, dicho cobro está condicionado a que el Municipio



haya celebrado con la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica convenio o contrato en el que se pacte la posibilidad del recaudo por parte de dicha empresa, condición prevista en la Resolución 043 de 1995, que regula la prestación del servicio municipal de alumbrado público, cuyo artículo 9º establece el mecanismo de recaudo y señala textualmente que “El municipio es responsable del pago del suministro, mantenimiento y expansión del servicio. Este podrá celebrar convenios con las empresas de servicios públicos, con el fin de que los cobros se efectúen directamente a los usuarios, mediante la utilización de la infraestructura de las empresas distribuidoras”.

Como la condición señalada, esto es, la celebración de convenio con ELECTROCOSTA S.A., E.S.P., (hoy ELECTRICARIBE S.A., E.S.P.) no se ha cumplido, es evidente que el cobro del servicio de alumbrado en la misma factura de cobro de energía eléctrica, viola el derecho de los usuarios del servicio de alumbrado público, lo cuales serán amparados, y para superar dicha violación se dispondrá la suspensión del cobro por parte de ELECTRICARIBE S.A., E.S.P., y se ordenará al municipio asumir directamente la liquidación y cobro del tributo, a menos que Concejo y el Alcalde Municipal decidan, en ejercicio de sus competencias, celebrar convenio para que dicho recaudo se efectúe por parte de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica o del alumbrado público en el municipio, de conformidad con las disposiciones que regulan la materia, descritas en esta providencia.

La Sala declarará no probada la violación al derecho a la moralidad administrativa por el cobro del alumbrado público en las mismas facturas de cobro del servicio de electricidad por parte de ELECTRICARIBE, porque si bien se advirtió una circunstancia irregular en la ausencia de convenio de esta entidad con el Municipio de El Carmen de Bolívar, lo cierto es que el Concejo Municipal había reglamentado mediante acuerdo la prestación del alumbrado público y los elementos del tributo, y había facultado al Alcalde para celebrar convenio con dicha empresa para el recaudo del tributo. Adicionalmente, no se advierte que los cobros efectuados afectaran el patrimonio público, o que se cobraran servicios no prestados.

En suma, la irregularidad advertida no comporta la prueba de que los funcionarios públicos asumieron conductas que la generalidad tacharía de inmorales, como los que se producen sin la debida pulcritud u honestidad.

- Del incentivo económico solicitado por el demandante.

Los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, establecen:

Artículo 39º.- Incentivos. Derogado por la ley 1425 de 2010 El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.



Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos.

Artículo 40°.- *Incentivo Económico en Acciones Populares sobre Moral Administrativa. Derogado por la ley 1425 de 2010* En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derechos a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derechos a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos.

No obstante, el artículo 1° de la Ley 1425 de 2010, derogó artículos mencionados.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en providencia 2 de octubre de 2014, radicado N° 11001-33-31-019-2007-00735-01, señaló:

Debe entenderse que el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 fue derogado en forma tácita por el 2 de la Ley 1425 de 2010, habida cuenta de su palmaria incompatibilidad con esta norma. Indistintamente del carácter sustantivo o procedimental que pudiere predicarse respecto de las disposiciones abolidas (artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998), la conclusión es la misma: Por virtud de la decisión del legislador el incentivo económico desapareció del ordenamiento jurídico y, con ello, la posibilidad legal de seguir reconociéndolo dentro de las decisiones judiciales en aquellos asuntos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425 de 2010...

El incentivo no puede considerarse como un derecho adquirido en cabeza del actor popular por el solo hecho de presentar la demanda, como quiera que tal instituto solo sería determinado y, por ende, llamado a consolidarse, una vez el juez de la acción popular abordare el estudio del tema, actuación que únicamente podría producirse después de trabada la Litis y del agotamiento de unas fases del proceso, esto es, una vez culminada la audiencia de pacto de cumplimiento en cuanto se profiera sentencia aprobatoria de la misma o, de manera definitiva, en la sentencia que pusiere fin al litigio. Se trata entonces de una mera expectativa en los procesos judiciales que aún están en curso, porque en ellos no se ha producido una sentencia definitiva en la que las pretensiones de la demanda resulten estimadas y por medio de la cual se hubiere reconocido el incentivo económico como un derecho adquirido o como una obligación consolidada.

Así, aunque la derogatoria del incentivo produce efectos ex - nunc, la abolición de las normas sustanciales que lo consagraban si así se las considerara obliga a concluir que tal circunstancia afectó y dejó sin fundamento la mera expectativa que tenían los actores populares dentro de aquellos procesos iniciados antes de la expedición de la Ley 1425 de 2010, justamente porque no se trataba de derechos adquiridos reconocidos en una sentencia judicial ejecutoriada.



Por lo anterior, se niega el pago del incentivo económico solicitado por el demandante.

4.7. Sobre las costas en las acciones populares.

El Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 06 de agosto de 2019, dentro del proceso radicado con el No. 15001-33-33-007-2017-00036-01, seguido por Yesid Figueroa García contra el Municipio de Tunja, unificó su jurisprudencia precisando el alcance del artículo 38 de la Ley 472/98 y su armonización con las disposiciones que regulan el reconocimiento, la condena y liquidación de costas así:

"1. Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar el alcance de la interpretación del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y su armonización con las disposiciones que regulan el reconocimiento, la condena y la liquidación de las costas, así:

2.1. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

2.2. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya obrado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

2.3. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

2.4. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

2.5. En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación, conforme con lo previsto en el artículo 366 del Código general del Proceso.



2.6. Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

2. No infirmar la sentencia dictada el 16 de agosto de 2018 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, conforme con las consideraciones de este proveído.

3. Advertir a la comunidad en general que las reglas de unificación y sus razones de decisión, constituyen precedente vinculante en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los procesos de acciones populares que se encuentran en curso en la jurisdicción contencioso administrativa y los que a futuro se inicien ante ella (...)"

La Sala acoge los criterios expuestos en la providencia previamente citada, y en este sentido, habiéndose confirmado la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos procesales y agencias en derecho a favor del actor popular, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar se resuelve:

1. Amparar el derecho colectivo de los consumidores y usuarios del servicio de alumbrado público del Municipio de El Carmen de Bolívar, vulnerados por el cobro del impuesto de alumbrado público en las mismas facturas en que ELECTRO COSTA S.A. E.S.P., hoy ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., cobra el servicio de energía eléctrica, sin que entre ambas entidades se haya celebrado el convenio de que trata el artículo 9 de la Resolución 043 de 1995 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, que regula la prestación del servicio municipal de alumbrado público.

2. A partir de la fecha de ejecutoria de la presente sentencia suspéndase el cobro del impuesto alumbrado público en la facturación del servicio de energía eléctrica a los habitantes del Municipio de El Carmen de Bolívar, entidad territorial que asumirá su cobro directo, a menos que el Concejo y el Alcalde Municipal, en ejercicio de sus competencias legales, definan la posibilidad de celebrar convenios que permitan su recaudo por el prestador del servicio de energía eléctrica o del servicio de alumbrado público en el Municipio.





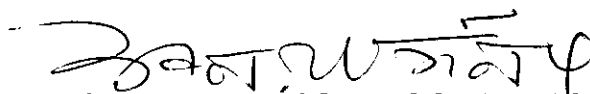
SEGUNDO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO. Condénese en costas procesales en segunda instancia a las demandadas, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 361 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al despacho de origen; déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI, y envíese copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la Ley 472/98.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE