

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 133

Santiago de Cali, agosto veinticuatro (24) de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control	Nulidad Simple
Radicación	76001333300520150009600
Demandante	JAIME ANDRÉS GIRÓN MEDINA
Demandado	MUNICIPIO DE LA CUMBRE – VALLE DEL CAUCA
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad simple, instaurado por el señor JAIME ANDRÉS GIRÓN MEDINA, en contra del MUNICIPIO DE LA CUMBRE – VALLE DEL CAUCA.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declarar la nulidad parcial de los artículos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, NOVENO del Decreto 197 de diciembre 29 de 2014, expedido por la ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CUMBRE – VALLE DEL CAUCA.

2. HECHOS

La Alcaldía Municipal de LA CUMBRE – VALLE DEL CAUCA expidió el acto administrativo acusado, el cual considera viciado de nulidad.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- 3.1. Violación de los artículos 365 de la Carta Política, en armonía con los artículos 4 del Decreto 2424 de 2006; 29 de la Ley 1150 de 2007; 1, 2, 3 y 6 de la Resolución CREG

005 de 2012; 2, 3, 4, 5 y 6 de la Resolución CREG 122 de 2011; 2 y 9 de la Resolución CREG 043 de 1995:

Considera el demandante que a través del artículo segundo se establece un objeto ilícito, dado que impone a las empresas comercializadoras de energía eléctrica, la obligación de recaudar el impuesto de alumbrado público a través del mecanismo de retención en la fuente y la verdad es que el municipio solamente puede delegar a particulares el recaudo del impuesto de alumbrado público, mediante la celebración de un contrato entre una empresa de servicio público domiciliario de energía eléctrica y el municipio, más no así mediante la expedición de acto administrativo unilateral imponiendo la obligación del recaudo y para el efecto cita apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, que se afirma ignora la entidad demandada.

También señala la demanda que la Ley 142 de 1994 autorizó a la Comisión Reguladora de Energía y Gas CREG, para reglamentar los servicios de distribución y comercialización de energía, con cuyo fundamento se expedieron las Resoluciones:

- 043 de 1995, cuyo artículo 9 dispone que las entidades territoriales pueden celebrar convenios con 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 y los convenios estipularán la forma de manejo y administración de dichos recursos por parte de las empresas de servicios públicos y, que las mismas no asumirán obligaciones por manejo de cartera. El municipio debe pagar la deuda de servicio de alumbrado público, dentro de los periodos señalados para tal fin.
- 122 de 2011, que define el contrato de recaudo que debe celebrarse con particulares, como un *"acuerdo de voluntades entre los municipios o distritos y las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el cual se pactan las actividades necesarias para facturar y recaudar de manera conjunta con el servicio público domiciliario de energía eléctrica, el impuesto de alumbrado eléctrico"*
- 005 de 2012, cuyo artículo 22 establece como objeto del convenio de facturación y recaudo *"tiene por objeto determinar las condiciones en las cuales una empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica totaliza en el cuerpo de la respectiva factura el valor correspondiente al impuesto de alumbrado público recauda el impuesto de alumbrado público de manera conjunta con el servicio público domiciliario de energía eléctrica, y – o factura de manera separada dicho impuesto si así lo solicita el usuario (...) el contrato y – o convenio de*

facturación y recaudo es celebrado por una empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica y el municipio o distrito, quien es responsable de la prestación del servicio de alumbrado público"

Por lo anterior, concluye la demanda, los demás artículos demandados también deben ser objeto de declaratoria de nulidad, en cuanto el artículo tercero establece responsabilidad del agente retenedor o recaudador del impuesto; el artículo cuarto en cuanto fija obligaciones contables o recaudadores; el artículo noveno sobre la declaración mensual de retención que debe presentar el agente retenedor.

3.2. Violación de los artículos 287 y 338 de la Carta Política:

Si bien los municipios tienen la posibilidad de establecer tributos y de fijar su administración y recaudo, y no puede desconocer los límites legales establecidos para recaudar la retención en la fuente entendida jurisprudencialmente como un:

"(...) instrumento de captación eficiente de recursos, tendiente a obtener abonos a buena cuenta de la obligación tributaria, que facilita el ingreso permanente de fondos a las arcas públicas y constituye además medio de control a la evasión, mecanismo que forma parte de las diferentes medidas que pueden adoptar los concejos municipales para regular el recaudo, pero como quedó indicado, ello, siempre dentro de los límites consagrados en la Constitución y la Ley (...).

Como no existe ninguna ley que autorice a las entidades territoriales establecer un sistema de retención en la fuente para recaudar alumbrado público, el sistema de recaudo fijado en el acto acusado es ilícito y la Ley 43 de 1987 no lo autorizó en su artículo 47 (ni existe otra ley que lo autorice), sino que simplemente se incorporó el mecanismo de retención en la fuente para cancelar por ejemplo los impuestos de industria y comercio, así como el IVA y renta (causado al momento de extinguir la obligación).

Por la misma causa también están viciados de nulidad, según la demanda, los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto y noveno del Decreto 197 de 2014 dado además que el sistema de retención se aplica a impuestos generados con ocasión de pagos o abonos en cuenta y el que realiza es el municipio o su concesionario y cuando recibe estos pagos, los recibe por cuenta del municipio no porque esté haciendo una cuenta y el pago recaería en las empresas comercializadoras de energía eléctrica, en tanto deberían responder del alumbrado público no recaudado, situación expresamente prohibida por el artículo 9 de la resolución 43 de octubre 23 de 1995, no es servicio

consumido por el usuario sino recaudo de un tributo y además impone una obligación contable no contemplada en la ley.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Municipio de LA CUMBRE, se opone a las pretensiones de la demanda, en cuanto el acto acusado fue objeto de análisis por parte de la Gobernación de VALLE DEL CAUCA, a quien ha debido citarse a efectos de integrar en debida forma el contradictorio.

También refiere que la acción a instaurar ha debido ser la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

El demandante reafirma y reitera lo argumentado en la demanda, en cuanto la violación de las normas invocadas como transgredidas que considera tienen objeto ilícito ya que el recaudo de impuesto de alumbrado público puede ser directo o a través de un tercero y no se debió direccionar a las empresas que vendan energía eléctrica a cumplir compromisos contables no autorizados y a practicar retención en la fuente y pagar al municipio impuesto de alumbrado público, sin respetar los lineamientos fijados por la CREG, ni los contratos con empresas que prestan el servicio público de energía eléctrica. No se puede obligar a recaudar impuesto a quien vende energía y cita para el efecto pronunciamientos del Consejo de Estado.

5.2. Parte demandada

La parte demandada invoca los considerados del Decreto 197 de diciembre 29 de 2014 y lo aplicable es el Estatuto Tributario y no así la CREG porque se trata de un tributo. Reitera la probable e indebida escogencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que estaría caduca, que sería ECSA la única llamada a demandar, no son todos los que hacen uso del tributo.

5.3. Ministerio Público

Después de hacer referencia a la regulación de la CREG y a la definición de convenio o contrato, se indica que el Municipio de LA CUMBRE no cuenta con facultad de imponer obligación a las empresas del recaudo, de acuerdo con normas como lo hizo con el Decreto 197 de 2014, sino que requiere convenio que tenga por objeto el recaudo del impuesto de alumbrado en mención.

Es necesario consentimiento de la empresa para asignarle la obligación de recaudar el tributo. No hay ley que autorice recaudo, ni se obliga a contratar. Se debe suscribir convenio entre entidad territorial considerando los términos y obligaciones así como lo dicho en sentencia del Consejo de Estado de agosto 12 de 2014, con ponencia del doctor JORGE OCTAVIO RAMIREZ. Finalmente acota que quien debe pagar es el contribuyente y el contratista se limita a recaudar y pagarle al Municipio conforme lo convenido.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Acto acusado

El texto de las disposiciones acusadas del Decreto 197 de 2014, por medio del cual se establece el Sistema de Retención del recaudo del tributo de alumbrado público y se dictan otras disposiciones, es el siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO – OBJETO DE LA REGLAMENTACIÓN: Reglaméntese los sistemas de retención del tributo de alumbrado público creada por las leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 y adoptado en el Municipio de LA CUMBRE VALLE por el Acuerdo 019 de diciembre de 2014 del Concejo Municipal. El sistema de retención del gravamen de alumbrado público se establece como un mecanismo para recaudar el tributo.”

“ARTÍCULO SEGUNDO – IMPOSICIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE RETENCIÓN: En razón a que la base gravable establecida para la determinación del valor del impuesto es el consumo de energía eléctrica, se impone la obligación de retener dicho gravamen tributario como un mecanismo de recaudo directo del tributo en cabeza de las empresas comercializadoras de energía eléctrica en el territorio del municipio. Las empresas de servicios públicos comercializadoras de energía eléctrica facturarán ese tributo dentro de la misma factura que expidan para el cobro de servicio público de energía para los usuarios.

“PARÁGRAFO: La Secretaría de Hacienda Municipal mediante acto administrativo notificará a los agentes retenedores o recaudadores en el municipio de su calidad y de los formatos de declaración de retención o recaudo y anexos correspondientes a efectos de presentar su declaración. Las oficinas competentes del municipio, una vez promulgado el presente decreto, contará con un término máximo de treinta días para lo de su competencia.”

“ARTÍCULO TERCERO – RESPONSABILIDAD DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR: Los comercializadores de energía eléctrica como agentes de retención o recaudo del gravamen de alumbrado público responderán por las sumas que estén obligados a retener. En virtud de lo establecido en el presente artículo, el agente retenedor que omita su obligación de efectuar la retención o recaudo del impuesto para el servicio de alumbrado público y perciba el valor de su servicio de suministro de energía sin aplicar la retención o recaudo del impuesto, será responsable ante el fisco municipal por los valores dejados de retener o recaudar. Las sanciones impuestas al agente por el incumplimiento de sus deberes serán exclusiva responsabilidad. Se impone la solidaridad del agente o recaudador con lo dejado de recaudar y transferir independientemente de las sanciones a que hubiere lugar conforme a las normas tributarias.”

"ARTÍCULO CUARTO – OBLIGACIONES CONTABLES O RECAUDADORES: Para efectos del control al cumplimiento de las obligaciones tributarias, los agentes deberán llevar además de los soportes generales que exigen las normas tributarias y contables una cuenta denominada **RETENCIÓN O ALUMBRADO PÚBLICO POR PAGAR**, la cual deberá reflejar el movimiento de las retenciones efectuadas. Los recaudos serán consignados en la cuenta corriente del Fideicomiso número 001 – 15005-1, a nombre de "Fiduoccidente 3 – 4 – 1527", NIT 83.005.407-6, Banco de Occidente."

"ARTÍCULO QUINTO – EL TRIBUTO DENTRO DE LA FACTURACIÓN DE LA ENERGÍA: La retención se efectuará dentro de cada una de las facturas de energía eléctrica que se emiten por el comercializador de energía eléctrica en cada ciclo de facturación y el calendario para la transferencia de la retención se ceñirá al siguiente cronograma:

MES DE RETENCIÓN	DÍA DE CIERRE	MES DECLARACIÓN Y TRASLADO DE RECURSOS	DÍA DECLARACIÓN	DÍA GIRO
ENERO	31	FEBRERO	10	5
FEBRERO	27-28	MARZO	10	5
MARZO	31	ABRIL	10	5
ABRIL	30	MAYO	10	5
MAYO	31	JUNIO	10	5
JUNIO	30	JULIO	10	5
JULIO	31	AGOSTO	10	5
AGOSTO	31	SEPTIEMBRE	10	5
SEPTIEMBRE	30	OCTUBRE	10	5
OCTUBRE	31	NOVIEMBRE	10	5
NOVIEMBRE	30	DICIEMBRE	10	5
DICIEMBRE	31	ENERO	10	5

"Si la fecha limite de giro de los valores retenidos o recaudados coincidiera con un día no hábil, el giro deberá efectuarse el siguiente día calendario hábil posterior a la fecha establecida. No será potestativo del agente retenedor o recaudador liquidar la retención del impuesto del servicio de alumbrado público en cupón o desprendible separado de recaudo propio de su servicio de energía eléctrica. Tampoco podrá omitir el deber de retener los valores correspondientes. Tampoco podrá dejar de facturar y recaudar el tributo por solicitud del contribuyente por carecer de competencia para ello. Será violatorio del régimen de agencia de retención facturar de manera separada o desprendible que faculte al contribuyente a no pagar. Tampoco podrá el retenedor aplicar descuentos por cualquier concepto.

"PARÁGRAFO: La administración municipal podrá utilizar el pago del servicio del suministro de energía eléctrica para el sistema de alumbrado público con cargo a las retenciones efectuadas, siempre y cuando exista el contrato de suministro correspondiente y el agente retenedor o recaudador sea quien suministre la energía para el sistema (...)"

"ARTÍCULO NOVENO – DECLARACIÓN DE RETENCIÓN: Los agentes retenedores o recaudadores del impuesto para el servicio de alumbrado público están obligados a presentar declaración mensual de retención que hayan efectuado en el mes inmediatamente anterior a sus usuarios del servicio de energía eléctrica – sujetos pasivos del tributo – a los cuales se efectuó la retención o recaudo conforme a las disposiciones del Acuerdo Municipal 015 de diciembre 19 de 2014. Las fechas de declaración y giros corresponden a las determinadas en el artículo quinto precedente. Esta declaración será presentada para el efecto y deberá contener como mínimo la siguiente información:

1. Nombre o razón social y NIT del agente retenedor
2. Dirección del agente retenedor
3. Base sobre la cual se efectuó la retención
4. Valor de las retenciones facturadas y recaudadas, discriminadas por cada usuario contribuyente
5. Valor de las autorretenciones en el período y los ajustes y novedades por mayor valor retenido
6. Firma del agente retenedor; en el caso de las personas jurídicas esta firma debe corresponder a la del representante legal y en las entidades públicas a la del tesorero o pagador. Sin perjuicio de la responsabilidad del agente retenedor esta obligación puede ser delegada en funcionarios de la empresa designados para el efecto en cuyo caso deberá informar previamente a la Secretaría de Hacienda o a la dependencia que ésta delegue. Con la declaración deberá producirse el pago de las sumas retenidas de propiedad del ente territorial. La no cancelación causará los intereses moratorios que se aplican en materia tributaria

"PARÁGRAFO: El agente retenedor o recaudador diligenciará el formato de información consolidada que para el efecto sea remitido por la secretaría de hacienda y / o tesorería municipal y los radicará con sus anexos en las mismas dependencias dentro de los plazos aquí definidos."

6.2. Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si los apartes transcritos de los artículos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO y NOENO del Decreto 197 de 2014, expedido por el Alcalde Municipal de LA CUMBRE, se encuentra viciado de nulidad parcial, según los cargos formulados en la demanda, esto es, por violación de las normas en que debería fundarse, o si por el contrario, se encuentra conforme al ordenamiento jurídico.

6.3. Cargos formulados por el demandante

Siguiendo las consideraciones realizadas en la demanda, tenemos que de una parte se plantea violación de los artículos 365 de la Carta Política, en armonía con los artículos 4 del Decreto 2424 de 2006; 29 de la Ley 1150 de 2007; 1, 2, 3 y 6 de la Resolución CREG 005 de 2012; 2, 3, 4, 5 y 6 de la Resolución CREG 122 de 2011; 2 y 9 de la Resolución CREG 043 de 1995:

El demandante plantea la existencia de un objeto ilícito, en cuanto la reglamentación efectuada impone a las empresas comercializadoras de energía eléctrica, la obligación de recaudar el impuesto de alumbrado público a través del mecanismo de retención en la fuente, cuando el municipio solamente puede delegar a particulares el recaudo del impuesto de alumbrado público, mediante la celebración de un contrato entre una empresa de servicio público domiciliario de energía eléctrica y el municipio, más no así mediante la expedición de acto administrativo unilateral imponiendo la obligación del recaudo; situación que además estima debe sujetarse al orden jurídico legislativo.

7. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

El artículo 9 del Decreto 224 de 2006, señala:

"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."

Según se desprende del texto de tal norma, las empresas de servicios públicos tienen el derecho de convenir, de manera bilateral y equitativa, las condiciones en que se comprometerían a prestar el servicio de facturación y recaudo del tributo de alumbrado público.

La Ley 97 de 1913 autorizó al Distrito Capital de Bogotá para establecer un impuesto sobre el servicio de alumbrado público, “organizar su cobro” y darle el destino más conveniente para atender los servicios municipales. Esa facultad fue extendida por la Ley 84 de 1915 a las demás entidades territoriales del nivel municipal.

En esa medida, sostiene la jurisprudencia del Consejo de Estado¹, la ley creadora del tributo le otorgó a los municipios la facultad de establecer la forma de recaudo del impuesto de alumbrado público, la cual constituye un derecho, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las entidades territoriales².

Con base en lo dicho, el impuesto sobre el servicio público de alumbrado público, está sometido al régimen jurídico que determine la ley³, por lo que corresponde al Congreso regular directamente la prestación de esos servicios. Es decir, existe reserva de ley en materia de servicios públicos.

La Ley 142 de 1994 al regular los servicios públicos domiciliarios, precisó las actividades que realizan las personas prestadoras de los mismos, las actividades complementarias y los otros servicios públicos previstos en normas especiales⁴, y la Ley 143 de 1993 estableció el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

En los artículos 74.1⁵ de la Ley 142 de 1994 y 23⁶ de la Ley 143 de 1994, se autorizó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG- para regular la prestación de los servicios de distribución y comercialización de energía.

¹ Proceso No. 68001233100020100057601. Sentencia de Agosto 12 de 2014. Consejero Ponente Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Demandante ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P. Demandado Municipio de BUCARAMANGA

² Constitución Política. Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. (...).

³ Artículo 365

⁴ Artículo 1

⁵ **Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación.** Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

Habida consideración de que el servicio de alumbrado público hace parte de las actividades que se desarrollan en el sector energético⁷, la CREG, en la Resolución 043 de 1995, reguló de manera general el suministro y el cobro que efectúan las empresas de servicios públicos domiciliarios a los municipios por el servicio de energía eléctrica que se destina para el alumbrado público. El artículo 9 de la Resolución No. 043 de 1995 de la CREG, precisó:

“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.

“Parágrafo 1º. Los convenios estipularán la forma de manejo y administración de dichos recursos por parte de las empresas de servicios públicos. Estas no asumirán obligaciones por manejo de cartera, y en todo caso, el municipio les cancelará la totalidad de la deuda por el servicio de alumbrado público, dentro de los períodos señalados para tal fin.

“Parágrafo 2º. El municipio no podría recuperar más de los usuarios que lo que paga por el servicio incluyendo expansión y mantenimiento.”

El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades concedidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, en el Decreto 2424 de 2006, reguló la prestación del servicio alumbrado público. En esa normativa se reiteró que los municipios son los responsables de la prestación del servicio de alumbrado público y, que podía ser prestado directa o indirectamente, a través de empresas de servicios públicos domiciliarios u otros prestadores del servicio de alumbrado público⁸.

En cuanto al cobro del costo del servicio, estableció que los municipios pueden cobrarlo en las facturas de los servicios públicos, únicamente cuando este equivalga al valor del costo en que incurre por la prestación del mismo.

a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia.

⁶ Artículo 23. Para el cumplimiento del objetivo definido en el artículo 20 de la presente ley, la Comisión de Regulación de Energía y Gas con relación al servicio de electricidad tendrá las siguientes funciones generales: a) Crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia.

⁷ Es importante precisar que si bien el servicio de alumbrado público no es un servicio público domiciliario, porque se presta con el objeto de proporcionar la iluminación de vías públicas, parques públicos y demás espacios de libre circulación, y no a un punto terminal en las viviendas y sitios de trabajo; el mismo es consustancial al servicio público domiciliario de energía eléctrica en tanto se ejecutan y comparten las mismas actividades de generación, transmisión, interconexión y distribución de energía. (C-035 de 2003).

⁸ Artículo 4

Y, estipuló que 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 municipios⁹.

De conformidad con lo expuesto, se concluye desde el punto de vista jurisprudencial¹⁰, que **los municipios tienen facultades legales para determinar los elementos que le permiten la cuantificación del impuesto sobre el servicio de alumbrado público, y establecer la forma del recaudo del tributo.**

Sin embargo, en lo referente a la prestación del servicio público, la entidad territorial debe sujetarse al régimen jurídico dispuesto para esa clase de servicios pues, conforme con lo previsto en el artículo 365 de la Constitución Política:

“(...) los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”.

Tal distinción nos remite a una diferenciación entre el impuesto de alumbrado público y el servicio público de alumbrado público sobre el cual recae y, como se observa, cada uno está regulado por regímenes distintos, por ello, al municipio le corresponde actuar dentro de las competencias que en cada materia le ha asignado la ley.

En ese entendido, si bien el municipio puede establecer las diferentes formas de recaudo del impuesto que se han dispuesto en materia tributaria (declaraciones oficiales o sugeridas, o mediante terceros), de acuerdo con la naturaleza y las características del tributo, también puede atender a las normas que regulan el recaudo del servicio de alumbrado público en tanto lo que se recauda vía impuesto, corresponde al pago de la prestación de ese servicio.

Así las cosas, se encuentra que la regulación especial prevista para el servicio público de alumbrado público permite que el municipio recaude el valor del servicio utilizando la infraestructura de las empresas de servicios públicos de energía eléctrica. Esto no significa que la entidad no sea la responsable de su prestación, pues en dicho caso le corresponde ejercer el respectivo control y vigilancia, el manejo de cartera, y el pago de la totalidad de la deuda por el servicio público.

⁹ Artículo 9º

¹⁰ Ob. Cit. Proceso No. 68001233100020100057601. Sentencia de Agosto 12 de 2014. Consejero Ponente Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Demandante ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P. Demandado Municipio de BUCARAMANGA

De esa manera, la administración puede confiar el recaudo del impuesto de alumbrado público a tales empresas, lo que, de conformidad con las normas estudiadas, se encuentra facultado legalmente para hacer, además de que la entidad sigue siendo la responsable de esa función pero la realiza de manera indirecta utilizando la infraestructura de esas empresas.

Al respecto, prosigue la jurisprudencia precisando¹¹ que esa designación debe realizarse de conformidad con el régimen jurídico del servicio público de alumbrado público, dentro del cual se encuentran las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Resolución CREG 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006, que establecieron las reglas con base en las cuales la entidad puede determinar esa responsabilidad sobre las empresas de servicios públicos. Y precisa textualmente el fallo:

"(...) Una de las reglas que prescribió la Resolución CREG 043 de 1995, consiste en que los municipios deben celebrar un convenio con esas empresas, en el que se estipulará la forma de manejo y administración de esos recursos, sin que se puedan asignar obligaciones por manejo de cartera.

"Es importante precisar que si bien la obligación de suscribir convenios no fue mencionada en el Decreto 2424 de 2006, lo cierto es que esa normativa se remite a la regulaciones que ha proferido la CREG sobre esa materia, por lo que se mantiene vigente la exigencia de ese requisito.

"De este modo, el municipio no puede, mediante un acto unilateral y heterónimo, establecer a cargo de las empresas de servicio público domiciliario de energía eléctrica la obligación de recaudar el tributo, sino que para ello le corresponde suscribir un "convenio" con esas empresas, en el cual se pacten las condiciones en que debe realizarse esa actividad.

"Esa obligación, por tanto, no tiene su fuente en la ley sino en el contrato, es decir, en la voluntad del obligado, lo que quiere decir que es el convenio el que determina su nacimiento, validez, y configuración, pues la misma ley contempló que son las partes contratantes – municipio y empresas de servicios públicos domiciliarios- las que fijan esos extremos.

"En ese entendido, el consentimiento de la empresa de servicios públicos domiciliarios es necesario para que se constituya sobre ella la obligación del recaudo del tributo.

"Es por eso que la ley, o la regulación que se ha emitido sobre la materia no obliga al comercializador a prestar el servicio de alumbrado ni a cobrar el impuesto, así como tampoco obliga a los municipios a contratar con algún prestador específico pues, como se ha señalado, el suministro de energía para el alumbrado público y su recaudo están sujetos a los acuerdos de voluntad a los que lleguen las partes.

"En ese contexto, para que la empresa de servicio de energía eléctrica esté autorizada para el recaudo del tributo debe existir un convenio con la entidad territorial. Ello responde a la necesidad de regular de manera clara los términos en que se va a realizar la prestación del servicio y el recaudo del impuesto, para lo cual se deben establecer los derechos y obligaciones que se derivan respecto de cada una de las partes.

"2.14. Debe insistir la Sala en esa argumentación, porque no se trata del ejercicio de una competencia normativa que le permita al ente territorial, en este caso, imponer una obligación ex – lege a quien no es contribuyente, sujeto pasivo o responsable del impuesto de alumbrado público, sino un tercero ajeno a esa relación tributaria, que solo podría ser obligado a tal en virtud de norma o autorización legal.

"Eso explica que la obligación de recaudar el impuesto sea fruto de un convenio entre las partes y no de un acto unilateral como el que se examina en esta providencia. Otra sería la conclusión si el sujeto

¹¹ Ob. Cit. Proceso No. 68001233100020100057601. Sentencia de Agosto 12 de 2014. Consejero Ponente Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Demandante ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S. A. E. S. P. Demandado Municipio de BUCARAMANGA

obligado al cumplimiento de un deber formal o material, miradas las cosas desde el punto de vista tributario, fuera parte de tal relación, directa o indirectamente¹² (...)"

De lo expuesto en la jurisprudencia a la cual se acoge el Despacho, se concluye que no fue procedente que el Municipio de LA CUMBRE (VALLE DEL CAUCA), hubiera encargado a las empresas de servicio público domiciliario de energía eléctrica la obligación de recaudar el tributo sin mediar un convenio con esas entidades para la ejecución de esa labor. En consecuencia, se declarará la nulidad de los artículos SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO Y NOVENO del Decreto 197 de diciembre 29 de 2014, proferido por la Alcaldía Municipal de LA CUMBRE.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de la Ciudad de SANTIAGO DE CALI, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los artículos PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO y NOVENO del Decreto 197 de diciembre 29 de 2014, expedido por la Alcaldía Municipal de LA CUMBRE – VALLE DEL CAUCA.

SEGUNDO: En firme la presente sentencia se le comunicará a las entidades demandada y vinculada, adjuntándole copia íntegra, para su cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

TERCERO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

¹² El Consejo de Estado – Sección Cuarta ha considerado que "el agente retenedor es el sujeto – persona natural, jurídica, pública o privada- que interviene en actos u operaciones en los cuales debe, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente". Sentencia de 29 de mayo de 2014, Consejero Ponente Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Expediente No. 20533.