

7.2. Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial

Radicado: 2-2017-013411

Bogotá D.C., 5 de mayo de 2017 16:49

Ingeniera

DIANA CAROLINA VIGOYA GUZMAN

Secretaria de Infraestructura

Alcaldía de Villavicencio

Carrera 39 B 24 - 21

Villavicencio - Meta

Radicado entrada 1-2017-013232

No. Expediente 6828/2017/RCO

Asunto: Impuesto de alumbrado público. Facturación y recaudo conjunto Ley 1819 de 2016.

Respetada Ingeniera Diana:

En atención a su solicitud por correo electrónico, nos permitimos precisar que la Dirección General de Apoyo Fiscal presta asesoría a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados en materia fiscal, financiera y tributaria, la cual no comprende el análisis de actos administrativos particulares de dichas entidades, ni la solución directa de problemas específicos, como tampoco la atención a particulares. En consecuencia, damos respuesta en el ámbito de nuestra competencia y en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir de manera general y abstracta, por lo que no tiene carácter obligatorio ni vinculante, y no compromete la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Consulta

De acuerdo con su escrito, el municipio celebró con la empresa comercializadora de energía un contrato para el suministro de la energía, la facturación y el recaudo del impuesto de alumbrado público. Solicita se precise si con ocasión de la Ley 1819 de 2016 se alteran las condiciones del contrato, toda vez que según su artículo 352, el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público “no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”.

Dentro de las disposiciones sobre tributos territoriales que incluyó la reforma tributaria estructural, adoptada por la Ley 1819 de 2016, el legislador se refirió en los artículos 349 a 353 al impuesto de alumbrado público creado en la Ley 97 de 1913 y la Ley 84 de 1915, a favor de los municipios y distritos, señalando que su hecho generador es el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público y que le corresponde a cada concejo municipal o distrital. Su

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia

Código Postal 111711

Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

www.minhacienda.gov.co

Continuación oficio

adopción y la definición de todos los demás elementos del tributo, les corresponde también a los concejos, dentro de los límites señalados por la Constitución y la ley.¹

De conformidad con el artículo 352 de la Ley 1819, el recaudo y facturación del impuesto de alumbrado público lo hará el Municipio o Distrito o Comercializador de energía y podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. Agrega el mismo artículo, que las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto, dentro de la factura de energía y deberán transferir el recurso al prestador correspondiente, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su recaudo, tiempo dentro del cual deberá pronunciarse la interventoría o la entidad municipal o Distrital *a fin* (sic) del sector. Finalmente, luego de referirse al régimen sancionatorio, el artículo 352 señala expresamente que *“el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste.”*²

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, no habrá lugar al pago por el servicio de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, en su lugar, los recaudadores tendrán un término de 45 días para transferir el recurso al prestador correspondiente. No obstante, es necesario revisar qué ocurre con los contratos suscritos antes de entrar en vigencia esta disposición legal, que incorporaban una remuneración por dicho servicio.

Para ello inicialmente nos referiremos a la normatividad aplicable a dichos contratos, antes de la Ley 1819 de 2016.³

El artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 señaló los elementos que se deben cumplir en los contratos de alumbrado público y en su última parte ordenó a la Comisión de Energía y Gas - CREG, regular el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de

¹ De conformidad con los artículos 150-12, 338, 300-4 y 313-4 de la Constitución Política, el Congreso es la única autoridad capaz de crear tributos, y en el caso de los tributos del orden territorial, puede además definir sus elementos o autorizar a los cuerpos colegiados territoriales para que definan los elementos estructurales de la obligación tributaria que no queden plenamente definidos por la ley.

² **“ARTÍCULO 352. RECAUDO Y FACTURACIÓN.** *El recaudo del impuesto de alumbrado público lo hará el Municipio o Distrito o Comercializador de energía y podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto, dentro de la factura de energía y transferirán el recurso al prestador correspondiente, autorizado por el Municipio o Distrito, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al de su recaudo. Durante este lapso de tiempo, se pronunciará la interventoría a cargo del Municipio o Distrito, o la entidad municipal o Distrital a fin del sector, sin perjuicio de la realización del giro correspondiente ni de la continuidad en la prestación del servicio. El Municipio o Distrito reglamentará el régimen sancionatorio aplicable para la evasión de los contribuyentes. **El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste.”** (Se resalta)*

³ El artículo 191 de la Ley 1753 de 2015, que sustituyó el impuesto de alumbrado público por la contribución especial de alumbrado público, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-272-16 de 25 de mayo de 2016, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Por tanto, dicho artículo no se analiza en este escrito.

Continuación oficio

energía del impuesto de alumbrado público⁴, lo cual hizo dicha comisión mediante la Resolución CREG 122 de 2011, modificada por la Resolución CREG 005 de 2012.

Consideramos que lo dispuesto por la Ley 1150 de 2007, en su artículo 29 y el desarrollo que de este hacen las Resoluciones de la CREG mencionadas, se mantiene vigente, salvo lo relativo a la obligación de remunerar a quien preste este servicio; lo anterior, por la expresa disposición del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016 a la que se hizo mención.

La Ley 1819 de 2016 señala que el recaudo del impuesto de alumbrado público *podrá* realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios y que las empresas comercializadoras de energía *podrán* actuar como agentes recaudadores del impuesto. Si bien esta ley no hizo referencia expresa a la necesidad de contrato para el recaudo, consideramos que la designación como recaudador debe realizarse de conformidad con el régimen jurídico del servicio público de alumbrado público y de la misma Ley 1150, de manera que subsiste la necesidad del convenio. En tal sentido resulta ilustrativo lo manifestado por el Consejo de Estado⁵ en fallo del 12 de agosto de 2014, en donde señala que la designación como recaudador del impuesto de alumbrado público debe realizarse de conformidad con el régimen jurídico del servicio público de alumbrado público, entre ellas, las Leyes 142 y 143 de 1994 y la Resolución CREG 043 de 1995 y el Decreto 2424 de 2006, y que la Resolución CREG 043 de 1995, prescribió *“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”*.⁶

Ahora bien, frente a los contratos suscritos antes de la Ley 1819 de 2016, que, de conformidad con la normatividad entonces aplicable, incluían la remuneración por el servicio de facturación y recaudo conjunto del impuesto de alumbrado público con el servicio de energía eléctrica, consideramos que estos se mantendrán mientras no sean modificados y hasta el cumplimiento del término en ellos previsto.

⁴ ARTÍCULO 29. ELEMENTOS QUE SE DEBEN CUMPLIR EN LOS CONTRATOS ESTATALES DE ALUMBRADO PÚBLICO. Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes 142 y 143 de 1994. **La Creg regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto.”** (Se resalta)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Bogotá, D.C., 12 de agosto de 2014. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Acción: simple nulidad. Demandante: Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. Demandada: Municipio de Bucaramanga. Radicado: 680012331000201000576 01 (20303).

⁶ En igual sentido se manifestó en la sentencia 21035 de 2016. Radicación número: 68001-23-31-000-2011-00050-02(21035) del 30 de marzo de 2016. Consejero ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodriguez

Continuación oficio

Lo anterior, conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual, a todo contrato se incorporan las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las relativas al modo de reclamar los derechos resultantes del mismo y las que señalan penas por el incumplimiento de él. En este sentido se transcriben a continuación algunos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con la vigencia de la Ley en el tiempo en materia contractual.

Según sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de septiembre de 2004⁷, de conformidad con la Ley 153 de 1887 “en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (salvo aquellas referidas al modo de reclamar los derechos contractuales y las penas en caso de infracción de las estipulaciones) *“la regla general predominante es la de irretroactividad de la ley y que la excepción nace de la indicación expresa del legislador sobre retroactividad o cuando en materia penal y disciplinaria aparece el principio de favorabilidad. (...)”*⁸

Más recientemente, en 2012, la sección tercera del Consejo de Estado se manifestó así en relación con el tránsito de legislación y la contratación estatal⁹:

“(...) 5.2. En materia de contratos, por regla general, impera la prohibición del efecto retroactivo y la supervivencia de la ley antigua.

(...)

En nuestro orden jurídico, a la par que en la Constitución Política se garantizan los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (art. 58 C.P.) con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato; en el artículo 38 de la 153 de 1887, se consagra la regla de que en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, que se castigará con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido. A propósito de esta norma, la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia de vieja data, puntualizó:

*“...Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio, tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido realizados la totalidad de los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento que se celebró la convención...”*¹⁰

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D. C., 2 de septiembre de 2004. Radicación número: 73001-23-31-000-1996-4029-01(14578). Referencia: Sentencia Contractual. En igual sentido, Sentencia de 30 de octubre de 2003, Exp. 17.213, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia-16653-2009 del 11 de febrero de 2009.

⁸ Si bien no es asunto de la presente consulta, en esta sentencia el Consejo de Estado precisa que esta regla no es aplicable a la vigencia de los tributos que se generan con ocasión del contrato. Así lo reitera la misma sección en la sentencia 21990 que se transcribe adelante.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., 2) de junio de 2012. Radicación: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488.

Continuación oficio

La citada norma jurídica, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la Legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico, y si bien puede ser reformada o alterada por una ley posterior que indique expresamente su retroactividad para determinado aspecto de algún tipo de contrato, ello constituye una excepción que debe estar fundamentada en razones de orden público o interés general. (Se subraya)

De otra parte, el artículo 34 de la Ley 153 de 1887, determina que los actos y contratos celebrados en vigencia de la norma antigua podrán demostrarse con los medios probatorios que esa norma establecía para su justificación (tempus regit actum), pero la forma de rendirse se sujeta a la nueva ley.

En definitiva, la regla general es que a los contratos en lo relativo a sus elementos de existencia, validez y sus efectos (derechos y obligaciones), se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, lo cual implica que, en principio, la ley nueva no puede entrar a suprimirlos o modificarlos, so pena de una ilegítima retroactividad.

5.3. Dentro del anterior marco jurídico, los diferentes estatutos de contratación pública han dispuesto, mediante normas especiales, el tránsito de legislación, así:

(...)

En este orden de ideas, la regla de acuerdo con la cual se entienden incorporadas las normas existentes al tiempo de celebración del contrato, tiene por efecto que ellas se aplican durante toda la vida del contrato, es decir, hasta su terminación por agotamiento del plazo acordado y el de sus prórrogas celebradas, regla de carácter general que admite excepciones, de acuerdo con la Constitución y la ley.

5.4. No obstante lo expuesto, es del caso señalar que esta Corporación ha precisado que la aplicación de la ley contractual al contrato principal y a sus adicionales, es un tema diferente al fondo de la controversia objeto de juzgamiento, pues “normativamente no tiene ninguna incidencia con la vigencia de los tributos, porque es la Constitución Política la que determinó que las contribuciones sólo pueden aplicarse a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”¹¹. En efecto, el artículo 338 constitucional, último inciso, dispone que “[l]as leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo”.

Por tanto, reitera esta Sala el criterio jurisprudencial ya decantando en el sentido de que si bien es cierto que los contratos se rigen por la ley vigente al momento de celebración del contrato principal, salvo las excepciones indicadas en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, no resulta cierta la pretendida extensión de las normas vigentes a la celebración del principal con los hechos relativos a las contribuciones, en los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, etc., porque es la propia Constitución Política la que determinó que se aplicarán a partir del

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Continuación oficio

*período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo*¹².

Por su parte, en la Sentencia C-555 de 2013, la Corte Constitucional,¹³ al estudiar la constitucionalidad de una disposición relacionada con la cláusula de reversión en los contratos de concesión y su efecto en aquellos suscritos antes de su entrada en vigencia, dijo:

“(…)

Si el contrato estatal, es un instrumento de gestión en manos de la Administración Pública, no hay evidencia de cómo la lectura de los textos legales aquí cuestionada, contribuya a tal gestión y, menos aún al logro de la igualdad, la moralidad y la economía, entre otros principios trazados por el constituyente.

Para esta Corporación, se impone el acatamiento de las normas producto del acuerdo entre las partes, acorde con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 cuyo tenor literal reza:

En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

- 1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.*

Encuentra la Corte que no caben razones para desconocer el principio pacta sunt servanda, el cual subyace a las reglas transcritas y, tiene expresión legal en el artículo 1602 del Código Civil- el aludido principio signifi ca el acatamiento de las partes al acuerdo realizado y consignado en las cláusulas contractuales.”

Si bien la regla general es que a los contratos se les aplica la ley existente y que rige al momento de su nacimiento o celebración, es posible que una ley posterior reforme o altere determinados aspectos de algún tipo de contrato, en tal caso, esta excepción a la irretroactividad debe ser expresa y principalmente estar fundamentada en razones de orden público o interés general.¹⁴

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, C.P. María Elena Giraldo Gómez y 4 de febrero de 2010, exps. 15.665, 15.400, 16.022 y. 16.017, C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ *En esta oportunidad la Corte decidió declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 4º de la Ley 422 de 1998 y del inciso cuarto del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009, por el cargo examinado, en el entendido que en los contratos de concesión suscritos antes de la entrada en vigencia de estas normas se deberá respetar el contenido de las cláusulas de reversión en ellos acordadas.*

¹⁴ En tal sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-350 de 1997, señaló que “*el legislador con base en la competencia que le atribuye el artículo 150 de la Carta para derogar, modificar, o interpretar las leyes bajo las cuales se celebraron unos determinados contratos, podrá hacerlo siempre y cuando medien motivos de interés público o de utilidad común, frente a los cuales deberá ceder el interés particular, competencia que en el caso de los servicios públicos se complementa con las facultades que para el Congreso se desprenden del artículo 365 de la Constitución: (...)*”

Continuación oficio

Para el caso de su consulta, consideramos que la no contraprestación por el servicio o actividad de *facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público*, prevista en el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, es una disposición a la que se le debe aplicar la regla general de irretroactividad de la ley en materia contractual; lo anterior, porque la ley no hizo ninguna referencia sobre su aplicación a los contratos suscritos antes de su entrada en vigencia dado que no se observan razones de utilidad pública o interés común que justifiquen la aplicación retroactiva de la ley en materia contractual. En consecuencia, los contratos suscritos antes de la Ley 1819 de 2016, que incluían la mencionada remuneración, se mantendrán mientras no sean modificados y hasta el cumplimiento del término en ellos previsto.

Cordialmente,

Luis Fernando Villota Quiñones

Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial
Dirección General de Apoyo Fiscal

ELABORÓ: DANIEL ANTONIO ESPITIA HERNANDEZ

Firmado digitalmente por:LUIS VILLOTA QUIÑONES

Subdirector De Fortalecimiento Institucional Territorial

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia
Código Postal 111711
Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071
atencioncliente@minhacienda.gov.co
www.minhacienda.gov.co

8tO7 m3zx 9ab0 kwUg +e2t dggm 70g=

Validar documento firmado digitalmente en: <http://sedeelectronica.minhacienda.gov.co>