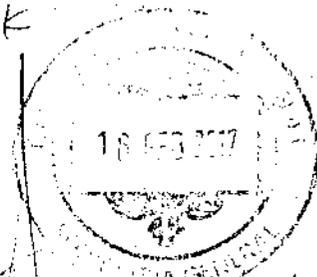


D. 11997  
CK



Pereira, febrero de 2016

Honorables  
**MAGISTRADOS SALA DE DECISIÓN**  
**CORTE CONSTITUCIONAL**  
Bogotá D.C.  
E. S. D.

**ASUNTO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL ARTÍCULO 352 LEY 1819 DE 2016**

**LISET AGUDELO CASTAÑO** mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Pereira, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.088.276.858, abogada en ejercicio portadora de la tarjeta profesional No. 236.633 del C.S.J, actuando en calidad de apoderada judicial de **EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA S.A. ESP.** Conforme con poder adjunto, en uso de mis derechos políticos, numeral 6 del artículo 40 de la Constitución Política, me dirijo a ustedes para interponer Acción Pública y demandar por Inconstitucionalidad el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, con fundamento en las siguientes consideraciones:

**I. SEÑALAMIENTO DE LA NORMA ACUSADA**

En cumplimiento de los requisitos de procedibilidad establecidos para el ejercicio de la presente Acción Constitucional, contenidos en el numeral 1ro del artículo 2do del Decreto 2067 de 1991, a continuación me permito señalar la parte pertinente de la norma acusada como inconstitucional, haciendo transcripción literal de la disposición objeto de censura, subrayando y destacando en negrilla los apartes de la norma que se acusan en la demanda, así:

**"LEY 1819 DE 2016**  
(Diciembre 29)

*Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.*

El Congreso de Colombia  
**DECRETA:**

(...)

**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."*

**II. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN VIOLADAS**

Para proceder a exponer las razones por las cuales se estima que el aparte subrayado y en negrilla del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016 se estima contrario a la Constitución Política, a continuación me permito transcribir las normas constitucionales y resaltar los apartes que hacen parte fundamental del análisis para asegurar la integridad y supremacía de nuestra Carta Política.

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punto de Pago  
PBX: 3151515 Fax: 3151525

Línea de atención daños y reparaciones: 115  
[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@eep.com.co](mailto:contactenos@eep.com.co)  
@EnergiaPereira /Energía de Pereira  
Pereira - Risaralda

**"PREAMBULO**

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

(...)

**TITULO XII.  
DEL REGIMEN ECONOMICO Y DE LA HACIENDA PUBLICA  
CAPITULO I.**

**DE LAS DISPOSICIONES GENERALES**

**ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

(...)

**CAPITULO V.**

**DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PUBLICOS**

**ARTICULO 365.** Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno debe reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

**ARTICULO 367.** La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas."

### III. RAZONES O CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

EL aparte subrayado del artículo 352 de la Ley 1816 de 2016 dispone que el servicio o actividad de facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público, **no tendrá ninguna contraprestación** a quien lo preste, partiendo de la base que quien preste el servicio sea un comercializador de energía como agente de retención tal y como lo relaciona la norma acusada, surgen los cuestionamientos frente a la Constitucionalidad o No de la Norma demanda, los cuales se plantean de la siguiente forma:

1. Se ajusta a la Constitución Política o No el texto de la norma demandada, teniendo en cuenta que la facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público lo podrán realizar los Comercializadores de Energía a través de la factura del Servicio Público Domiciliario sin que reciban ninguna contraprestación, a sabiendas que la Constitución Política de Colombia indica que la actividad económica e iniciativa privada son libres, lo anterior para garantizar el orden económico. Por ende, si es la empresa comercializadora quien realiza la actividad de facturación y recaudo, cuyos ingresos por tal concepto se transfieren al ente territorial, sin reconocer los costos en los que se incurre se coarta el derecho a la negociación y a su vez se vulnera el derecho a la libertad económica, desarrollo empresarial e iniciativa privada.
2. Se ajusta a la Constitución Política o No el aparte de la norma demandada, en el sentido que los Comercializadores de Energía como Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios tienen de conformidad con la Constitución Política, un régimen tarifario que tiene en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos, asegurando una recuperación eficiente de los costos y gastos en la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios. En este orden de ideas, los Comercializadores deben asumir directamente los costos de la facturación y recaudo de un gravamen en cabeza del Municipio o Distrito, vgr. el Impuesto Alumbrado Público, es contrario a dicho criterio (costo), puesto que los Prestadores tienen derecho conforme al principio de suficiencia financiera a recuperar los costos en los que incurre. Imponer la prestación de una actividad de forma gratuita puede afectar la sostenibilidad financiera de la empresa, e igualmente se establece un trato desigual e injustificado respecto a los demás agentes del sector.

Se ajusta a la Constitución Política o No el texto de la norma demandada, teniendo en cuenta que la Carta Fundamental somete los Servicios Públicos Domiciliarios a un Régimen Jurídico Especial que fija la ley, principio de reserva de ley, en consecuencia, se pregunta: *¿podrá el legislador mediante Ley general modificar la estructura de la facturación conjunta para el cobro de otros servicios?*, en este caso, para el recaudo y facturación del Impuesto de Alumbrado Público, sin remunerar al comercializador para realizar esta actividad, más aun cuando dentro de las formulas tarifarias aprobadas por la CREG no se tiene contemplada ninguna remuneración al comercializador para ejecutar las actividades de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, tal como lo indica el inciso 7 del artículo 146 de la Ley 142 de 1.994 que establece el régimen especial de los mismos, en concordancia con el artículo 186 ibíd. que indica que dicha ley deroga todas las que le sean contrarias, y que en el evento de conflicto con otras leyes ser preferirá ésta, que para efectos de excepciones y derogaciones se debe indicar de modo preciso la norma de la Ley 142 objeto de excepción, modificación o derogatoria. Respecto al principio de reserva de Ley la Corte Constitucional en sentencia C 228 de 2010 menciona:

*"Si bien los principios de legalidad y reserva de ley guardan identidad de propósitos, su contenido y alcance no es asimilable. En efecto, la jurisprudencia distingue entre el principio de legalidad, conforme al cual el Congreso, y de manera más amplia, los órganos de representación democrática, detentan la cláusula general de competencia legislativa, que les permite expedir normas jurídicas de naturaleza vinculante, y el principio de reserva de ley, que es una institución jurídica conforme a la*

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punto de Pago

PBX: 3151515 Fax: 3151525

Línea de atención daños y reparaciones: 115

[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@eep.com.co](mailto:contactenos@eep.com.co)

@EnergiaPereira /Energía de Pereira

Pereira - Risaralda

cual, por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias

(...)

La Corte ha considerado que pueden distinguirse dos tipos de reserva de ley. Una de carácter ordinario, que opera cuando la Constitución, de manera expresa, ha señalado que determinadas materias específicas deben ser reguladas directamente por el legislador. Otra, de naturaleza estatutaria u orgánica, en donde la Carta Política no solo adscribe competencia exclusiva al legislador para regular el tópico, sino que obliga a que la norma correspondiente esté precedida de un trámite particular, relacionado generalmente con un mayor grado de exigencia en las mayorías congresionales exigidas para la aprobación del proyecto correspondiente. Del mismo modo, los postulados constitucionales que restringen la competencia del reglamento para regular determinadas materias, como sucede con los códigos, también hace parte de la reserva de ley en el sentido expuesto."

4

Entendiendo los tres cuestionamientos formulados, a continuación se explica, para cada uno de ellos el concepto de violación de las normas constitucionales.

#### PREÁMBULO

En el ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus habitantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente (...)

#### PARTE DE LA NORMA DEMANDADA

**Artículo 352. Recaudo y facturación. (...) Las empresas comercializadoras de energía podrán operar como agentes recaudadores del impuesto. (...) El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste.**

Los apartes de la norma demandada son contrarios a la declaración solemne de los propósitos del Constituyente contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional, en especial respecto al marco participativo que garantice un orden económico en el Estado Social de Derecho, en este orden de ideas, según lo ha desarrollado la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2013 acogiendo un modelo de economía social de mercado se aseguran los fines esenciales del Estado:

"La búsqueda por asegurar a los asociados el derecho a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la paz, el bienestar y la dignidad, dentro de un orden político, social y económico justo (Preámbulo CP), fue acompañada por el reconocimiento de Colombia como un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria pero descentralizada, con autonomía de las entidades territoriales, participativa, pluralista, abierta al ciudadano y a la sociedad; fundada en los principios de solidaridad y prevalencia del interés general (art. 1 CP). A partir de ese modelo se reconocen como fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de la población en las decisiones que les afecten en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (art. 2 CP).

Para la realización efectiva de esos cometidos, la Constitución acogió lo que se ha llamado un modelo de "economía social de mercado", que propende por armonizar el derecho a la propiedad privada y el reconocimiento de libertades económicas, como la libertad de empresa, la libre competencia y la iniciativa privada, con la intervención del Estado en la economía, de manera que confluyen "la mano invisible del mercado y el brazo visible del Estado"

En numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal se ha pronunciado sobre el particular, advirtiendo que "el papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribuidor de recursos". En una de sus más recientes decisiones (Sentencia C-197 de 2012) la Corte precisó lo siguiente:

La Constitución de 1991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una economía de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333, 334 y 335 constitucionales).

La Intervención del Estado en la economía, en particular en el ámbito de los servicios públicos, está ligada al deber que en él recae de garantizar la realización efectiva de los postulados mínimos del Estado Social de Derecho. En orden a cumplir dicho objetivo, con la Constitución de 1991 se da entrada a sujetos de distinta naturaleza (comunidades organizadas y/o particulares) habilitándolos para prestar servicios, pero bajo la regulación que para cada caso corresponde fijar al Legislador, es así como se garantiza, de una parte, que los agentes externos al Estado pueden ejercer sus libertades económicas dentro de la dinámica propia del mercado; y de otra, que se va a asegurar la prestación eficiente de servicios y a proteger los derechos de los usuarios bajo los límites constitucionales y legales trazados." - subrayas fuera de texto.

De este modo, un orden político, social y económico justo permite a los asociados asegurar el derecho a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la paz, el bienestar y la dignidad, ordenes que en caso del económico, sólo pueden asegurarse a través de la inclusión de los derechos a la propiedad privada, libertad económica, libertad de empresa, iniciativa privada y libertad de competencia que permita remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social. Así las cosas, en el ámbito de los Servicios Públicos Domiciliarios se habilitaron la participación de los particulares y las comunidades organizadas en la prestación de los mismos, sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado.

En este sentido, los textos demandados vulneran la participación de los particulares como empresas comercializadoras de Energía Eléctrica en un orden económico justo, al pretender trasladar la actividad de facturación y recaudo de un tributo, sin la contraprestación debida, conociendo que dichas actividades generan un costo administrativo que las Empresas Prestadoras del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica no pueden asumir de manera gratuita.

Por ello, la disposición demandada resulta abiertamente inconstitucional, al imponer una función que corresponde al Sujeto Activo del Impuesto de Alumbrado Público y no al Comercializador de Energía, puesto que lo obliga a asumir los costos en que se incurra en la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público sin ningún tipo de remuneración, en detrimento de su propio patrimonio, con lo cual contraviene el carácter finalista de la Carta Política al vulnerar el orden económico y social justo e igualitario.

Por ende, imponer la misma carga, esto es la facturación y recaudo de forma gratuita, al Comercializador de Energía, no garantiza un orden económico justo, las sociedades constituidas como empresas de Servicios Públicos Domiciliarios ya sean Oficiales, Mixtas o Privadas, ejecutan la actividad de facturación y recaudo del Servicio Público Domiciliario que prestan, recibiendo una retribución vía tarifa que garantiza los costos y gastos propios de la operación y permite remunerar el patrimonio de los accionistas, en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo componible.

Así las cosas, la facturación y recaudo de un Tributo sin contraprestación alguna para el comercializador, necesariamente requerirá que los comercializadores de energía incurran en costos que no serán reconocidos a través de la fórmula tarifaria y que al mismo tiempo vulneran la libertad de empresa (económica) e iniciativa privada, así como el criterio de costos desarrollado en el artículo 87 de la Ley 142 que establece que el régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, **suficiencia financiera**, simplicidad y transparencia.

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punto de Pago

PBX: 3151515 Fax: 3151525

Línea de atención daños y reparaciones: 115

[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@eep.com.co](mailto:contactenos@eep.com.co)

@EnergiaPereira /Energía de Pereira

Pereira - Risaralda

respecto de la Libertad de Empresa, la Honorable Corte Constitucional Colombiana en sentencia C- 263 de 2004 ha dado claridad que la misma pertenece a los dos tipos de libertades económicas definidas en el modelo de economía social de mercado, sobre el cual se ha desarrollado la Carta Política del 91, en los siguientes términos:

*"En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad. Se reconocen dos tipos de libertades económicas: la libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. (...)*

*La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de "(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia". Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable."*

Por consiguiente, no puede el legislador abandonar el núcleo esencial de la libertad de empresa y económica, imponiéndole a los Comercializadores de Energía la carga de la prestación del servicio o actividad de recaudo y facturación del impuesto de Alumbrado Público sin obtener contraprestación alguna, ya que esa disposición afecta el patrimonio de quien preste el servicio, oponiéndose a los fundamentos del Estado Social de Derecho que se encuentran reconocidos y garantizados en principios dentro de los cuales está la libertad económica.

Por otra parte, bien, la regulación obliga a los prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios con Integración vertical (Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización) a considerar las actividades que desarrolla como socios independientes, por lo tanto, de acuerdo al principio de suficiencia financiera de que trata el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, la fórmula tarifaria debe permitir remunerar de manera eficiente todas las actividades asociadas a la prestación del servicio, al obligar a los comercializadores a pagar y recaudar el impuesto de alumbrado público sin ser remunerado o por lo menos recuperar los costos en que incurre en la ejecución de esta actividad va en contra de los numerales 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

De conformidad con lo previsto en el artículo 87.4 ibídem, "por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la depreciación, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios."

Se vulnera el criterio de suficiencia financiera cuando: i. las fórmulas de tarifas no garantizan la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; II. Cuando dichas formulas no permiten remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.

Cuando el legislador no permite la remuneración a través de contratos para la facturación conjunta del Impuesto de Alumbrado Público y tampoco en su calidad de regulador establece la posibilidad de recuperar vía tarifa los costos en los que se incurre por ésta actividad, está vulnerando flagrantemente el criterio de costos, entre los que se encuentra la suficiencia financiera.

Poniendo en situación de desventaja a las Empresas Comercializadoras de Energía Eléctrica con relación a los otros Prestadores (agentes) del Sector, toda vez, que el legislador le ésta dando palmariamente un trato diferenciado injusto.

Es tan relevante el criterio de suficiencia financiera que el artículo 87.7 de la Ley 142 de 1.994 que desarrolla el criterio de costos del artículo 370 Constitucional, indica que en caso de existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el suficiencia financiera, se debe tener en cuenta el último, artículo que fue declarado constitucional por la Corte en sentencia C-150 de 2003, en donde se expresó:

*"El criterio de suficiencia financiera desarrolla el principio de la libertad económica y del derecho de propiedad, pues no tendría sentido y sería contrario a la Constitución que se permita la participación de cualquier persona en la prestación del servicio, con sus recursos, pero que se le impida recuperar la inversión y los gastos en que incurre por el desarrollo de tal actividad".*

Con relación a los fines económicos que tienen la prestación de los servicios y públicos y que debe estar reflejada en las formulas tarifas que para el efecto aprueban las comisiones la Corte Constitucional expresó: **"4.3. Fines de la regulación. Orientación de sus fines económicos a la realización efectiva del Estado Social, en especial en materia de servicios públicos.**

*Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos.*

*La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos".*

*La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado.*

*En este orden de ideas, pasa la Corte a analizar los fines que en cada caso se persiguen y los criterios constitucionales que guían la acción del Estado para alcanzarlos.*

**4.3.1. La función de regulación debe orientarse a garantizar la efectividad de los principios del Estado social de derecho.**

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punto de Pago

PBX: 3151515 Fax: 3151525

Línea de atención daños y reparaciones: 115

[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@eep.com.co](mailto:contactenos@eep.com.co)

@Energíapereira /Energía de Pereira

Pereira - Risaralda

#### 4.3.2. La corrección de las fallas del mercado forma parte de los fines de la regulación

La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad. Adicionalmente, el artículo 78 constitucional indica que "[l]a 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".

La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos<sup>149</sup>.

En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo, los resultados de un oferente dependen, en principio<sup>150</sup>, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado. (...)

Los apartes demandados no salvaguardan el principio de igualdad que en materia tributaria deben proseguir los impuestos en Colombia, por cuanto traslada la carga que tiene los administradores del Impuesto de Suministro Público, es decir los Municipios y/o Distritos a unos pocos que tendrán que asumir de forma exclusiva los costos de facturación y recaudo, del cual se beneficia el Municipio y/o Distrito y no el comercializador de Energía Eléctrica.

## TÍTULO XII. DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA

### CAPÍTULO I. DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

**ARTÍCULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (...)

### APARTE DE LA NORMA DEMANDADO

**Artículo 352.** Recaudo y facturación. (...) Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto, (...). El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste."

La Constitución contempla que el adecuado funcionamiento del mercado, también es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica. En efecto, el artículo 333 de la Carta prevé que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades", prescripción que debe ser interpretada en conjunto con el mandato del artículo 334, según el cual el Estado intervendrá para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad.

Adicionalmente, el artículo 78 constitucional indica que "[l]a 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".

La Constitución Política enmarca la Prestación de los Servicios Públicos en Colombia, como actividades económicas libres pero intervenidas por el Estado, las que de conformidad con el artículo 365 de la misma, pueden ser realizadas por PARTICULARES que se encuentra sujetos a la regulación, control y vigilancia que sobre ellos realice el Estado, en armonía con el artículo 333 ibidem que asegura el libre ejercicio de la iniciativa privada y la actividad económica dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos. Sobre el particular, en sentencia C 263 de 2013 con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio, la Corte puntualizó:

" (...)Respecto de la libertad económica en concordancia con la jurisprudencia en cita y teniendo en cuenta que la prestación de los servicios públicos se cumple por intermedio de particulares, el desarrollo de su actividad está constitucionalmente amparada por las libertades económicas y en particular por la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia"

Así las cosas, permitir que los particulares constituyan sociedades del tipo de la anónimas para la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, atiende los lineamientos Constitucionales de libertad económica y la regla general de la libre iniciativa privada. La participación de los particulares, en atención a la liberalización de los Servicios Públicos con la Constitución de 1.991, donde la única habilitación para hacer parte de éste sector es la Ley (142 de 1994), ha permitido el crecimiento de su concurrencia en los últimos años en dicho mercado, y constituye una importante actividad que estimula la creación de nuevas empresas y la inversión privada nacional y extranjera, bajo la dirección del Estado que aun cuando mantiene la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, ha menguado su participación como consecuencia de la modernización, expansión y privatización.

Por tal razón, la Carta Fundamental dispone que el Estado por mandato de la Ley, impedirá que se restrinja u obstruya la libertad económica, y evitará o controlará cualquier abuso que persona o empresa hagan de su posición dominante en el mercado nacional, en reiteradas ocasiones la Jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha manifestado sobre el particular<sup>1</sup>, anotando que "el papel del mercado como instrumento de asignación de recursos se concilia con el papel económico, político y social del Estado redistribución de recursos"<sup>2</sup> en Sentencia C 197 de 2012 la Corporación precisó lo siguiente:

"La Constitución de 1.991, especialmente al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social (artículo 333 superior), y por esta vía, se reconoce la importancia de una económica de mercado y de la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la económica con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social (artículos 333,334,335 constitucionales)"

En este estado de cosas, los socios de las empresas prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios persiguen que el Estado en su legítima intervención en ciertos sectores de la economía, no restrinja la libertad

1 Sentencia T 540 de 1992, T 521 de 1993, T 521 de 1993, C 265 de 1994, C 444 de 1998, C 616 de 2011, C 389 de 2002.

2 Corte Constitucional C 265 de 1994.

económica y la estimulación del desarrollo empresarial, no obstante el aparte del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016 es contrario a dichos principios, puesto que las EPSD como sociedades se basan en varios objetivos, entre ellos el aumento de la utilidades y la supervivencia en los mercados competitivos, por ende ejecutar la actividad de facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público de forma gratuita, no permite que los Comercializadores de Energía reciban contraprestación económica por un servicio debidamente prestado, el cual se encuentra en cabeza de los Municipios y Distritos, encontrándose en desventaja competitiva incluso con otras Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, a las cuales el legislador no se les impone dicha carga, como las de Acueducto y Alcantarillado, Gas Domiciliario y Aguas que Generan, Transforman Energía Eléctrica pero no prestan el servicio de comercialización de Energía, a quienes se les reconoce a través de la fórmula tarifaria todos los costos en los que incurren y en virtud del artículo 146 de la Ley 142 tienen la facultad de realizar contratos de facturación conjunta y ser debidamente remunerados por ello. En sentencia C 150 de 2003 la Corte agregó "La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de los cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación".

De esta forma, la facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público por parte de los Comercializadores de Energía Eléctrica sin contraprestación, resulta contraria a los principios de libertad económica y de competencia, así como el criterio de suficiencia financiera en la medida en que obliga a las empresas a prestar un servicio de forma gratuita, de manera que se trasladará el costo de las actividades que implican la facturación y recaudo (recepción de información por parte del ente territorial-sujetos pasivos, nombre del sujeto activo, referencia de pago, indicación de la norma que aprueba el impuesto, cláusula del contrato de prestación del servicio domiciliario que permite el recaudo, inclusión de la tarifa del impuesto en la factura de energía eléctrica, concepto, totalizar el valor correspondiente al impuesto, reparto, recaudo, traslado de recursos, traslado de las peticiones, quejas y reclamos que reciba por la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, número de contacto, dirección o correo electrónico la oficina de atención al Ciudadano del Municipio o Distrito) del mencionado tributo, a la Empresa Prestadora del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica, la cual no obtiene beneficio alguno, y por el contrario tiene que utilizar su capital, dicho de otra forma, equipos, herramientas, instrumentos, edificios para asumir el costo que impone el artículo demandado, así como el esfuerzo, el tiempo, capacidades y habilidades del recurso humano (trabajo).

En consecuencia, asumirá erogaciones que antes estaban previstas en Contratos de facturación y recaudo conjunto celebrados con los Municipios o Distritos bajo los mandatos de las resoluciones CREG 122 de 2011 y 105 de 2012, en los cuales se determinaba el costo máximo de referencia por facturación y recaudo conjunto del Impuesto Alumbrado Público con el Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica remuneración que permite al comercializador recuperar los costos EFICIENTES en que incurre al facturar y recaudar el impuesto de alumbrado público.

Por lo anterior, pretender que los Comercializadores de Energía se responsabilicen con cargos a sus presupuestos, de los costos de un Servicio Público que está en cabeza de los Municipios y Distritos, lo pone en situación de desventaja respecto a los otros Agentes del Sector en atención al trato diferenciado que el legislador les impone, así las cosas no es razonable que se imponga una carga de carácter gratuito cuando se asumen unos costos que tampoco el Estado como regulador no los remunera a través del Cargo Base Comercialización. De tal forma que el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, vulnera los derechos de iniciativa privada, el derecho de negociación, a recibir un beneficio económico razonable, y con ello el núcleo esencial de la libertad de empresa.

En este orden, la actividad estatal de intervención en la economía debe cumplir con unos requisitos de celeridad que no afecten la Libertad de Empresa, en este sentido la Corte Constitucional al realizar un control de constitucionalidad en sentencia C 830 de 2010, expresó:

*"En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: (i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad". Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención. Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia. En ese orden de ideas, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de "(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume".*

Ahora bien, en el servicio de facturación y recaudo conjunto, se considera el mercado del servicio de facturación como un mercado competitivo, además de las Empresas Comercializadoras de Energía Eléctrica existen otras que desarrollan esta actividad de forma exclusiva, por lo que los comercializadores la mayoría de veces subcontratan algunas actividades del proceso de facturación, pues el costo de oportunidad de los factores de producción (capital y trabajo) de estas es mayor que el de aquellas que ofrecen este servicio. El mercado del servicio de recaudo, es ofrecido por el sistema financiero, con fiducias de administración y pagos, por tanto los comercializadores pueden acceder a este servicio a través del pago de un costo fijo por cada operación realizada y un costo de capital de trabajo por el uso del efectivo de la empresa, por parte de la entidad financiera, durante un tiempo predeterminado.<sup>3</sup>

En ese contexto, existen costos máximos de referencia que comprende el costo de facturación y recaudo del impuesto de Alumbrado Público, por lo que debe considerarse "el servicio de facturación y recaudo conjunto como un negocio esencialmente de intermediación económico similar a la comercialización de bienes y servicios que se producen en otros sectores económicos."<sup>4</sup>

El valor del servicio de facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público es un costo que deben tener en cuenta los Municipios y distritos a la hora de contratar el servicio de facturación y recaudo del Impuesto al Alumbrado Público, independientemente de la modalidad de contratación que se emplee para tal fin.

<sup>3</sup> ASOCODIS. Regulación del contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía del impuesto creado por la ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación del servicio de alumbrado público. sesión 498.

<sup>4</sup> Ibidem

En consecuencia, la gratuidad del servicio de facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público carece de una justificación razonable legal y constitucionalmente, dado que no hay fundamento jurídico que permita imponer dicha carga, especialmente si se tiene en cuenta que el recaudador del impuesto, es decir el comercializador de Energía no tiene la obligación de sufragar los costos en que incurre el Sujeto Activo para la prestación del mismo, de tal manera que el aparte de la norma que se demanda desconoce el ordenamiento jurídico Constitucional, de lo cual deviene su inconstitucionalidad.

## **CAPITULO V.**

### **DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PUBLICOS**

**ARTICULO 365.** *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*

*Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*

### **PARTE DE LA NORMA DEMANDADO**

**Artículo 352.** *Recaudo y facturación. (...) Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto. (...) El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste.*

Debido a la incidencia que los Servicios Públicos tienen en la calidad de vida de las personas y en el desarrollo de la sociedad, el artículo 365 de la Constitución establece que: (1) ellos son inherentes a la función social del Estado; (2) que el Estado tiene el deber de garantizar su prestación eficiente a la totalidad de los habitantes del territorio nacional; (3) que están sujetos al régimen que para ellos establezca la ley; (4) que pueden ser prestados por el Estado en gestión directa o indirecta por las comunidades organizadas o por los particulares; (5) que en condiciones especiales el Estado puede reservarse para sí su prestación; y que (6) la regulación, el control y la vigilancia están a cargo de Estado.

Todas las actividades calificadas como Servicio Público, se sujetan al mismo régimen de rango constitucional que para ellas determina la Constitución, esto es, quedan sujetas a un régimen especial de intervención del Estado en la economía y no pueden desarrollarse como otras actividades que son libres; además su prestación está orientada al cumplimiento de los fines propios del Estado Social de Derecho, que busca que con ellos se satisfagan necesidades básicas de las personas, se obtenga un mejoramiento continuo de la calidad de vida y el desarrollo integrado de la sociedad.

En virtud de lo anterior, la Ley es quien habilita en forma directa para que los particulares y las comunidades organizadas puedan prestar Servicios Públicos, sin embargo esto no significa que lo puedan hacer de manera completamente libre y sin sujeción a la regulación que para ellos establezcan diferentes autoridades estatales, todo lo contrario, los Servicios Públicos están sujetos a un conjunto de mandatos legales y regulatorios y a un conjunto de prerrogativas y controles que no son propios de las actividades privadas que comúnmente desarrollan los particulares.

En consecuencia, es necesario tener en cuenta que para garantizar la prestación eficiente de los Servicios Públicos, el Estado desarrolla principios que son propios de la cláusula del Estado Social de Derecho y están relacionados a los fines del mismo, por ello el legislador determina que una actividad al ser calificada como "servicio público", deja de ser regulada por el régimen propio de los bienes y servicios que son prestados en

forma ordinaria por los particulares, para estar sujetos al régimen especial que para ellos fijan la Constitución y la Ley.5

Dentro del límite de la Constitución, el régimen jurídico especial de prestación de los Servicios Públicos y el de las empresas que los prestan, se encuentra en la Ley 142 de 1.994, norma de intervención económica estatal que desarrolla los contenidos de los artículos 334, 336, 365 a 370 inclusive, de la Constitución Política, disposición que desarrolla de forma especial y preferente, un régimen de prestación de los servicios públicos homogéneo respecto de las reglas, aplicables a todos los prestadores participantes, sean estatales, mixtos o privados, en orden a lograr un ámbito de competencia que privilegie la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y un único marco orientado hacia la prevalencia de los fines del Estado Social de Derecho.

El ámbito de aplicación de la Ley 142, no se reduce a los Servicios Públicos Domiciliarios, es necesario precisar que la Ley 142 de 1.994 tiene ámbitos de aplicación diferentes tales como i) los servicios públicos domiciliarios, ii) las actividades que realizan los prestadores, iii) la actividad complementaria de cada uno de los servicios, iv) otros servicios especiales a los que regulan normas especiales de la ley, entre otros.

Así las cosas, en cuanto a las actividades complementarias a cada uno de los servicios, la Ley 142 de 1.994 en su artículo 146 menciona que "Las empresas podrán emitir factura conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, para los que han celebrado convenios con tal propósito." En el caso sub lite, las empresas prestadoras del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica gozan de la facultad legal de facturar y recaudar conjuntamente los servicios que hacen parte de su objeto social y aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, mediante la celebración previa de convenios.

Por tal motivo, es necesario el consentimiento de la Empresa de Servicios Públicos para que se constituya sobre ella la obligación de facturar conjuntamente determinado servicio, mediante la suscripción de un convenio en el cual se pacten las condiciones en que debe realizarse esa actividad.

En este estado de cosas, teniendo en cuenta que la facturación y recaudo conjunto debe encontrarse regulado en un contrato, no es posible imponer a una empresa comercializadora de Energía Eléctrica el régimen procedimental de agentes *auto retenedores*, puesto que la forma en que las empresas prestadoras del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica recaudan y entregan los dineros por concepto del tributo al Municipio o Distrito debe pactarse, así como los deberes que se deriven para las mismas por realizar dicha actividad.

Por último, debe resaltarse que la Ley 142 de 1994 en su artículo 186, es claro que el contenido normativo de dicha ley será de aplicación e interpretación especial sobre normas posteriores que la contraríen, y en el evento de haber norma posterior que derogue o modifique alguna de las disposiciones normativas contenidas en la ley 142 de 1994 esta deberá hacer expresión específica y clara sobre la norma objeto de derogatoria, subrogación o modificación, así:

**ARTÍCULO 186. CONCORDANCIAS Y DEROGACIONES.** Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta Ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta Ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá para complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria. (...)

**ARTICULO 367.** La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios

5 Atehortúa Ríos Carlos Alberto. Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial. Página 43 "régimen jurídico especial de los servicios públicos"

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punta de Pago

PBX: 3151515 Fax: 3151525

Línea de atención daños y reparaciones: 115

[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@cep.com.co](mailto:contactenos@cep.com.co)

@Energiapereira /Energía de Pereira

Pereira - Risaralda

**servicios domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.**

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas. "

**PARTE DE LA NORMA DEMANDADO**

**Artículo 352. Recaudo y facturación. (...) Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto, (...). El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste."**

El texto del artículo reclamado, al excluir el pago por los costos en que incurran las empresas comercializadoras que llegaren a prestar en los Municipios el servicio de facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público por medio de las facturas del servicio público domiciliario, resulta contrario a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 367 de la Constitución, el cual señala que la ley que fije el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios tendrá en cuenta para el efecto, entre otros criterios, el relativo a los costos del servicio.

Como pasará a aclararse, las empresas comercializadoras del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica, si incurren en costos, cuando realiza la facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público, para el efecto la Resolución No. 005 de 2012 expedida con la Comisión de Regulación de Energía y Gas, establecía una serie de requisitos que deben cumplir el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto del servicio de energía a través de la factura del servicio de energía eléctrica, así:

**"Artículo 1º. Modificar las definiciones de Costo de facturación y recaudo conjunto del Impuesto de alumbrado público, así como de Facturación, contenidas en el artículo 2º de la Resolución CREG 122 de 2011, las cuales quedarán de la siguiente manera:**

**Costo de facturación y recaudo conjunto del impuesto de alumbrado público:** Corresponde a los costos en que incurre la empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica para totalizar en el cuerpo de la factura del servicio de energía eléctrica, el valor correspondiente al impuesto al alumbrado público, distribuirla a sus usuarios y hacer el respectivo recaudo. También corresponde a los costos en los que incurra la empresa para generar la factura del impuesto de alumbrado público de manera separada, cuando el usuario así lo solicite.

**Facturación:** Corresponde a las actividades de recepción de información sobre los sujetos pasivos objeto del impuesto de alumbrado público reportada por el municipio o distrito, totalizar en el mismo cuerpo de la factura de energía eléctrica, pero de manera separada el valor correspondiente al impuesto al alumbrado público y distribuirla entre sus usuarios. También se encuentran dentro de estas actividades la de emitir la factura del impuesto de alumbrado público de forma independiente del servicio domiciliario de energía eléctrica, cuando así lo solicite el usuario.

**Artículo 2º. Modificar el artículo 3º de la Resolución CREG 122 de 2011 el cual quedará de la siguiente manera:**

**Artículo 3º. Contrato y/o convenio de facturación y recaudo conjunto.** El contrato y/o convenio de facturación y recaudo tiene como 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 al 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.

En este evento, el municipio deberá establecer el procedimiento correspondiente para evitar la evasión fiscal.

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 el responsable de la prestación del servicio de alumbrado público.

**Artículo 3º.** Modificar el artículo 6º de la Resolución CREG 122 de 2011 el cual quedará así:

**Artículo 6º. Obligaciones del prestador del servicio público de energía eléctrica.** El contrato de facturación y recaudo conjunto deberá contener las obligaciones y deberes que correspondan al prestador del servicio de energía eléctrica, las cuales deberán determinarse en forma expresa, clara y concreta. Sin perjuicio de las obligaciones establecidas en el respectivo contrato, las exigidas por la ley y en la presente resolución, el prestador del servicio público de energía eléctrica deberá:

1. Efectuar la facturación del impuesto al alumbrado público según las condiciones indicadas en el contrato y en esta resolución.
2. Totalizar en el cuerpo de la factura de energía eléctrica el valor correspondiente al impuesto al alumbrado público, indicando claramente el concepto e incluyendo la información mínima establecida en el artículo 7º de la presente resolución, realizar el recaudo de dicho impuesto de manera conjunta con el servicio domiciliario de energía eléctrica y en caso de ser requerido por el usuario, facturar de manera separada el valor del respectivo impuesto.
3. Efectuar el recaudo del impuesto al alumbrado público sólo a sus usuarios registrados en la base de datos de la empresa de acuerdo con la información sobre los sujetos pasivos del impuesto, reportados por el municipio o distrito.
4. Entregar la factura con el valor totalizado del impuesto de alumbrado público determinado por el municipio o distrito.
5. Recaudar el impuesto de alumbrado público de acuerdo a la tarifa determinada por el municipio o distrito según la normatividad vigente.
6. Trasladar el recaudo al municipio o distrito, en las fechas y plazos establecidos en el respectivo contrato, junto con la información relativa a los valores facturados y recaudados.
7. Trasladar al municipio las peticiones, quejas y reclamos que reciba por la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público.

**Artículo 4º.** Modificar el artículo 7º de la Resolución CREG 122 de 2011 el cual quedará de la siguiente manera:

**Artículo 7º. Información mínima para totalizar y/o facturar el impuesto de alumbrado público.** Cuando se decida hacer el recaudo del impuesto al alumbrado público a través del cobro de la factura del servicio público domiciliario de energía eléctrica, se totalizará de manera separada el valor correspondiente a dicho impuesto y se incluirá de manera clara y visible la siguiente información:

1. Nombre del sujeto activo (municipio o distrito).
2. Nombre del sujeto pasivo del impuesto de alumbrado público.
3. Referencia de pago.
4. Número de factura del impuesto, si hay lugar a ello.
5. Valor total a pagar por concepto del impuesto de alumbrado público.
6. Plazo para el pago.
7. Norma que aprueba el impuesto del servicio de alumbrado público en el correspondiente municipio o distrito.
8. Cláusula del respectivo contrato de condiciones uniformes en la cual se acordó el recaudo del impuesto de alumbrado público en la respectiva factura del servicio domiciliario de energía eléctrica.
9. Número de contacto, dirección o correo electrónico de la oficina de atención al ciudadano del municipio o distrito.

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punto de Pago

PBX: 3151515 Fax: 3151525

Línea de atención daños y reparaciones: 115

[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@eep.com.co](mailto:contactenos@eep.com.co)

@EnergiaPereira /Energía de Pereira

Pereira - Risaralda

**Parágrafo 1º.** En el caso en que el impuesto de alumbrado público, se facture de manera separada del servicio público domiciliario de energía eléctrica, dicha factura deberá contener la información mínima establecida en el presente artículo.

**Parágrafo 2º.** Para realizar el diseño y la implementación en las correspondientes facturas de lo dispuesto en el presente artículo, las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica, tendrán un plazo de diez (10) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución."

16

El valor del servicio de facturación y recaudo del Impuesto de Alumbrado Público corresponde al costo que incurre la empresa de servicios públicos para la expedición de cada factura, entrega en el domicilio del usuario final de la factura, recaudo del impuesto entre otras actividades que se describen a continuación:

- 1. Aplicación de Tarifas y Facturación:** Aplicar las tarifas, facturar y recaudar mensualmente en forma discriminada a sus usuarios y/o suscriptores ubicados en el Municipio o Distrito el impuesto de alumbrado público, de acuerdo con el sistema de facturación que tenga implementado y según los lineamientos dados por el Concejo Municipal de Pereira en cuanto a la Tarifa establecida por el Acuerdo Municipal vigente. Para tal fin totalizará en el cuerpo de la factura del servicio público domiciliario de energía eléctrica el valor correspondiente al impuesto de alumbrado público y demás conceptos relacionados (intereses, saldo anterior, ajustes, etc.), indicando claramente el concepto e incluyendo la información mínima establecida según la resolución 122 de 2011 y 005 de 2012 emitidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG.
- 2. Distribución de la factura:** El comercializador de energía realizar el proceso de distribución de la factura que contiene la liquidación del Impuesto de Alumbrado Público con la periodicidad establecida por empresa prestadora del servicio público domiciliario para el cobro de la factura del servicio de Energía.
- 3. Mecanismos de Recaudo:** El comercializador de energía recaudar a través de los puntos y mecanismos de recaudo propios y contratados que tiene disponibles para el pago de la factura de energía, las sumas correspondientes a los pagos del Impuesto de Alumbrado Público prestado por el Municipio o Distrito a los usuarios y/o suscriptores de empresa prestadora de servicios público domiciliario de energía eléctrica en el Municipio o Distrito. Para tal efecto deber ejercer un control efectivo del recaudo, así como realizar de manera conjunta con el Municipio o Distrito, la conciliación del recaudo mensual (período calendario) que ingresa a la Empresa Comercializadora de Energía por concepto del impuesto de Alumbrado Público; y el manejo de inconsistencias referidas al valor de cupones versus valores consignados y demás que se presenten en el manejo del proceso.
- 4. Traslado del recaudo:** la Empresa prestadora transfiere al el Municipio o Distrito los dineros con sus respectivos rendimientos que efectivamente recaude por concepto del impuesto de alumbrado público, a la cuenta que el Municipio o Distrito indique.
- 5. Informes:** Para información del el Municipio o Distrito, la empresa prestadora del servicio público domiciliario de energía eléctrica remite un informe mensual al interventor y/o supervisor, en el que se relacionen los usuarios que cumplieron con el pago oportuno del impuesto de alumbrado público de acuerdo con los parámetros que indique el Municipio o Distrito.
- 6. Conciliaciones:** El comercializador de energía y el Municipio o Distrito realizara conciliaciones mensuales de los usuarios y valores facturados y recaudados por concepto de alumbrado público.
- 7. Coordinación de actividades:** El comercializador de energía asignar un funcionario del equipo de facturación con el fin de coordinar la recepción y cargue de las tarifas mensuales correspondientes al Alumbrado Público: Las tarifas a cargar en el sistema de facturación serán entregadas mensualmente por el Municipio o Distrito.



8. **Centro de atención al usuario (PQR's):** Disponer de un centro de atención que se encargue de recibir las peticiones, quejas y recursos de los usuarios referentes a la facturación, distribución y recaudo de la prestación del servicio de alumbrado Público en el Municipio o Distrito, tales como duplicado de factura, reclamos por doble cobro.

Con fundamento en lo anterior, queda claro que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios (Comercializadoras de Energía Eléctrica) sí incurrir en costos operativos, técnicos y administrativos cuando se ven abocados a efectuar la facturación y recaudo conjunto del Impuesto de Alumbrado Público, en consecuencia al excluir la retribución tales conceptos vulneran el artículo 367 de la Constitución, pues excluye del régimen tarifario de los servicios públicos los costos reales en los que incurre la empresa comercializadora del servicio de energía que no son remunerados a través de la fórmula tarifaria ni tampoco a través de contratos, puesto que el legislador no previó tal situación.

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 142 de 1994, el objeto de las empresas de servicios públicos es la prestación de uno o más servicios públicos o realizar una o varias actividades complementarias, y tienen la obligación de llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presta, y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita.

De esta manera la regulación obliga a los prestadores de servicios públicos con integración vertical (Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización en alguna de sus posibles combinaciones) a considerar las actividades que desarrolla como negocios independientes, por lo tanto, de acuerdo al principio de suficiencia financiera del que trata el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley en comento, la fórmula tarifaria debe garantizar la recuperación de los costos y gastos propios de la operación y permitir remunerar el patrimonio de los accionistas, en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable. En otras palabras, la fórmula tarifaria debe permitir remunerar de manera eficiente todas las actividades asociadas a la prestación del servicio independiente de si se prestan de manera combinada o no.

Conforme a lo expuesto, el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto sin contraprestación en evento que lo haga el Comercializador de Energía, resulta contrario al criterio de suficiencia financiera, en la medida que persiga que las Empresas Prestadoras del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica se responsabilicen con cargo a sus presupuestos, de los costos en que incurrir por un servicio que no presta. Por ello se ha de tener en cuenta que la materialización de la autorización que contiene el artículo 365 de la Constitución Política para que los particulares puedan prestar los Servicios Públicos, depende de que estos puedan tener una recuperación eficiente de los costos y gastos de todas las actividades asociadas a la prestación del servicio y obtener una rentabilidad razonable, incluida la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, habida cuenta que la Corte Constitucional lo ha considerado como parte de las actividades que se desarrollan en el sector energético, así:

*"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)."*

Así las cosas, un escenario como el planteado en el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, no salvaguarda el criterio de costos contenido en el régimen tarifario, pues el comercializador de energía tendrá que desplazar recursos propios de la prestación del servicio público domiciliario para solventar los gastos en que incurre por la facturación y recaudo de un tributo sin que este esfuerzo financiero sea retribuido vía tarifa o vía convenio.

**IV. COMPETENCIA DE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL**

Es competencia de la Honorable Corte Constitucional *"Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación"*, tal como lo establece el numeral 1º del artículo 241 de la Constitución Política de

Edificio Torre Central Cra. 10 No. 17 - 35 Piso 4to Unidad Correspondencia Contiguo a la Oficina Punto de Pago  
PBX: 3151515 Fax: 3151525  
Línea de atención daños y reparaciones: 115  
[www.eep.com.co](http://www.eep.com.co) - [contactenos@eep.com.co](mailto:contactenos@eep.com.co)  
@EnergiaPereira /Energía de Pereira  
Pereira - Risaralda