

C-018-19

Sentencia C-018/19

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-
Procedencia

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y
suficientes

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipos/COSA JUZGADA MATERIAL Y COSA JUZGADA
FORMAL-Distinción/COSA JUZGADA ABSOLUTA Y COSA JUZGADA RELATIVA-Distinción

Referencia: Expediente D-11977

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 352 (parcial) de la Ley 1819 de
2016, “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”

Demandantes:

Liset Agudelo Castaño

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones
constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha
proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En desarrollo de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, la ciudadana Liset Agudelo Castaño instauró demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 352 (parcial) de la Ley 1819 de 2016, “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”.

En Auto del 17 de marzo de 2017, el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. De igual manera dispuso comunicar la iniciación del presente proceso de constitucionalidad al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Minas y Energía, a la Contraloría General de la República, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica (ASOCODIS), a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones (ANDESCO), a la Federación Colombiana de Municipios, al Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT) y a las Facultades de Derecho de las Universidades Externado, Sabana, Libre, Eafit y de Nariño, para que, si lo consideraban conveniente, intervinieran impugnando o defendiendo la norma acusada.

Con ocasión de la expedición del Decreto 889 de 2017, en el Auto 305 del 21 de junio del año en cita, la Sala Plena de la Corte resolvió “(...) suspender los términos de los procesos de constitucionalidad enumerados en el fundamento jurídico sexto de [dicha] decisión, que hayan sido admitidos para trámite ante la Corte y en la etapa procesal en que actualmente se encuentren”. Esta decisión incluyó el proceso de la referencia, como se constata en el sistema de información de este Tribunal. Con posterioridad, en el Auto 471 de 2018[1], se dispuso levantar la suspensión que había sido decretada, continuando con las actuaciones pendientes, en el estado en el que ellas se encontraban.

Una vez recibido el concepto del Procurador General de la Nación y cumplido el resto de los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto del precepto demandado, conforme con su publicación en el Diario Oficial No. 50.101 del 29 de diciembre de 2016, resaltando los apartes cuestionados por la accionante:

“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

III. DEMANDA

3.1. En criterio de la accionante, los apartes demandados son contrarios al preámbulo y a los artículos 333, 365 y 367 de la Constitución, al establecer que el servicio de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, el cual puede ser prestado por las empresas comercializadoras de energía, no tiene ninguna contraprestación, vulnerando con ello (i) la libertad económica y la libre competencia; (ii) la sostenibilidad de las empresas que deben incurrir en costos de facturación y recaudo para dicho fin, y (iii) el régimen jurídico especial al cual están sometidos los servicios públicos domiciliarios.

3.2. Inicialmente, sostiene que los preceptos acusados son contrarios a los propósitos contenidos en el preámbulo, especialmente al marco participativo tendiente a garantizar un orden económico justo[2], el cual solo se puede asegurar a través de la garantía de los derechos a la propiedad privada, a la libertad económica, a la libre iniciativa y a la libre competencia, los cuales se consideran lesionados “al pretender trasladar la actividad de facturación y recaudo del [impuesto de alumbrado público], (...) sin la contraprestación debida”[3], a las empresas comercializadoras de energía, como lo imponen las normas demandadas, “desconociendo que dichas actividades generan un costo administrativo que [tales empresas] no pueden asumir de manera gratuita”[4].

Adicional a lo expuesto, señala que la regulación sobre servicios públicos domiciliarios obliga a sus prestadores con integración vertical (generación, transmisión, distribución y comercialización) a considerar las actividades que desarrollan como negocios independientes, por lo que, de acuerdo con el principio de suficiencia financiera establecido en el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994[5], la fórmula tarifaria debe permitir remunerar de manera eficiente todas las actividades asociadas a la prestación del servicio, circunstancia que no es tenida en cuenta por la norma acusada.

En este punto, la accionante concluye que los apartes demandados tampoco salvaguardan el principio de igualdad que se impone en materia tributaria, “por cuanto traslada la carga que tiene[n] los administradores del impuesto de alumbrado público, es decir, los municipios y/o distritos a unos pocos que tendrán que asumir de forma gratuita los costos de facturación y recaudo, del cual se beneficia el municipio y/o distrito y no el comercializador de energía eléctrica”[6].

3.3. A continuación, estima que los textos objeto de demanda vulneran la libertad económica y la libre competencia previstos en el artículo 333 de la Constitución Política[7], puesto que uno de los objetivos centrales de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el “aumento de sus utilidades y la supervivencia en los mercados competitivos”[8], de suerte que “ejecutar la actividad de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público de forma gratuita, no permite que los comercializadores de energía reciban [la] contraprestación económica por un servicio debidamente prestado, el cual se [halla] 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 les impone dicha carga, como las de acueducto y alcantarillado, gas domiciliario y aquellas que generan [o] transforman energía pero [que] no prestan el servicio de comercialización (...), a quienes [se les] reconoce a través de la fórmula tarifaria todos los costos en los que incurren, [sin perjuicio de que] en virtud del artículo 146 de la Ley 142 [de 1994] tienen la facultad de realizar contratos de facturación conjunta y ser debidamente remunerados por ello”[9].

A partir de lo expuesto, la demandante afirma que la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público por parte de los comercializadores de energía eléctrica, sin contraprestación alguna, conduce a vulnerar la libertad económica y la libre competencia

de dichas empresas, al mismo tiempo que desconoce el criterio de suficiencia financiera previsto en la Ley 142 de 1994, pues les impone un costo que debe asumirse de forma gratuita y a cargo de su capital, sin tener beneficio alguno y con la consecuencia de generar una situación de desventaja respecto de otros prestadores de servicios públicos domiciliarios.

3.4. En seguida, expone que los preceptos demandados también vulneran el artículo 365 del Texto Superior[10], en el que se establece que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, el cual se halla previsto en la Ley 142 de 1994, que contempla un sistema de prestación homogéneo en las reglas aplicables a todos los prestadores participantes, sean estatales, mixtos o privados, en aras de lograr un ámbito de competencia que privilegie la eficiencia en su prestación, dentro de un marco orientado hacia la prevalencia de los fines del Estado.

De esta manera, advierte que el artículo 146 de la citada Ley 142 de 1994[11] prevé la facultad de las empresas de servicios públicos 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. En este orden de ideas, se requiere el consentimiento de la empresa para constituir sobre ella la obligación de facturar conjuntamente determinado servicio. En desarrollo de lo anterior, a juicio de la accionante, “teniendo en cuenta que la facturación y el recaudo conjunto debe encontrarse regulado en un contrato, no es posible imponer a una 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”[12]. Lo anterior, a juicio de la accionante, se refuerza con lo previsto en el artículo 186 de la misma Ley 142 de 1994, en el que se dispone que en el evento de derogar una de sus disposiciones, tal cambio debe hacerse explícito[13].

3.5. Finalmente, la actora plantea que la norma acusada desconoce el artículo 367 de la Constitución[14], en el que se establece que la ley que fije el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Bajo este contexto, y con fundamento en la Resolución No. 005 de 2012 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas[15], concluye que las empresas comercializadoras de energía eléctrica sí incurren en gastos operativos, técnicos y administrativos al momento de realizar la facturación y el recaudo del impuesto de alumbrado público, por lo que excluir tales conceptos del régimen tarifario es contrario al mencionado criterio de costos y, por lo mismo, manifiestamente inconstitucional, pues no se retribuye el esfuerzo financiero que por ellas se realiza ni por la vía de la tarifa, ni a través de un convenio.

4.1. Intervención de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) solicita declarar exequible la norma acusada. Inicialmente, señala que en desarrollo de los principios constitucionales que rigen al Estado y, en particular, a lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Superior, es obligación de las autoridades garantizar los derechos de los ciudadanos -tanto individuales como colectivos- siempre con miras a lograr la prosperidad general. Con sujeción a lo anterior, destaca algunos apartes de la exposición de motivos de la iniciativa que se convirtió en la Ley 1819 de 2016, de los cuales colige que la incorporación de las comercializadoras de energía como agentes recaudadores del impuesto de alumbrado público, se explica en la necesidad de lograr una mayor eficacia en el recepción de dicho tributo, a partir de la intervención del sujeto que tienen la capacidad técnica para asumir su canalización, en virtud del deber de solidaridad. Con esta medida el legislador no pretende introducir límites a la actividad económica y a la iniciativa privada, pues, por el contrario, lo que persigue es involucrar a los diferentes agentes económicos en los cambios importantes en materia de impuestos, con miras a satisfacer las necesidades que demandan el interés general.

Igualmente, advierte que el precepto demandado estipula que el recaudo del impuesto podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. En este sentido, la posibilidad u opción se concreta en un acto discrecional y potestativo del legislador, de conformidad con lo establecido en el artículo 338 de la Constitución Política[16], por lo que la imposición de la institución de la retención, sin erogación alguna y justificada en el deber de solidaridad, no puede considerarse contraria a la Constitución.

4.2. Intervención del Instituto Colombiano de Derecho Tributario

El Instituto Colombiano de Derecho Tributario considera inconstitucional el segundo aparte de la norma demandada, en cuanto dispone que “el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”. Para llegar a dicha conclusión, expone que de conformidad con el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, cabe entender que las labores inherentes a la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público constituyen actividades complementarias a la prestación del servicio de energía eléctrica. Ellas no son de poca monta, pues implican incurrir en costos que en la actualidad la Comisión de Regulación de Energía y Gas, a través de la Resolución No. 122 de 2011[17], autoriza que sean compensadas a los comercializadores, ya que normalmente su cumplimiento demanda la contratación de empresas especializadas que ejecuten esa labor.

Para el interviniente, impedir un recobro en contraprestación de esa actividad, desequilibra el sistema de determinación de las tarifas del servicio público domiciliario, el cual está basado en principios protegidos constitucionalmente, asociados a la libertad de empresa e iniciativa privada, así como los derechos de negociación y de recibir un beneficio económico razonable. En este orden de ideas, sostiene que la gratuidad del servicio de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público carece de una finalidad constitucionalmente protegida, pues excede el criterio de razonabilidad que orienta el deber de solidaridad implícito en la asunción de deberes tributarios por parte de los particulares.

4.3. Intervención de la Asociación Nacional de Alumbrado Público (ANAP)

La Asociación Nacional de Alumbrado Público considera que los preceptos demandados deben ser declarados exequibles, al señalar que la función de recaudación de impuestos que ejercen empresas privadas, tales como el IVA, la renta o industria y comercio, “son desarrollos y contrapartidas a la libertad de empresa, para contribuir con la gestión tributaria.”[18] A su juicio, este tipo de medidas se justifican en el deber de solidaridad que existe con el Estado, sin que en modo alguno pueda entenderse que afecta los componentes que integran la libertad económica, entre ellos, la suficiencia financiera de los negocios. Para el interviniente, “la ley evita maximizar la pretensión de ganancia a una actividad que no hace parte del servicio público de energía, como lo es la recaudación de un tributo”[19].

En este contexto, el interviniente concluye que: “[l]a función de recaudación de impuestos no afecta ninguno de [los] núcleos esenciales de la libertad de empresa. No altera el derecho a crear los establecimientos de comercio que el negocio exija, no interfiere en la organización empresarial al ser una actividad marginal sobre una labor que ya le es remunerada, como facturar y recaudar sus tarifas; no afecta su derecho a entrar al mercado o retirarse del mismo; no afecta la actividad misma, pues la agencia de recaudos se impondrá a todos los comercializadores que atiendan clientes en el municipio o distrito.”[20] Como se observa, “no hay vulneración de principios constitucionales sino el desarrollo de un deber de auxilio a la adecuada recaudación de las rentas públicas”[21].

4.4. Intervención de la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía (ASOCODIS)

La Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía (ASOCODIS) solicita a la Corte declarar la inexecutable de las expresiones “Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agente recaudadores del impuesto” y “el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”, contenidas en el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016.

4.4.1. Inicialmente, realiza una explicación detallada sobre lo que implica el desarrollo de las actividades de comercialización de energía, prestación del servicio de alumbrado público y las labores asociadas a su facturación y recaudo, a fin de contextualizar “lo complejo, excesivo, desproporcionado y gravoso de la carga impuesta por la norma [acusada], a cargo exclusivamente de las empresas comercializadoras de electricidad”[22].

De esta manera, afirma que los comercializadores de energía, como agentes recaudadores del impuesto de alumbrado público, que atienden usuarios regulados o no regulados, están obligados a implementar un sistema particular de facturación y recaudo para cada uno de los municipios del territorio nacional en donde se decida establecer dicho tributo, toda vez que los concejos son autónomos para determinar su cobro, así como para fijar los sujetos pasivos, la base gravable, el período y las tarifas[23]. Además del desequilibrio que genera la citada carga, agrega que el artículo 3 de la Resolución CREG No. 122 de 2011, establece, entre otras cosas, que la facturación debe hacerse en recibos con desprendibles separables, lo que permite que el usuario, al momento de cancelar el servicio, prescinda del deber de pagar el impuesto, generando un riesgo alto de cartera sobre un valor que no le pertenece

a la empresa comercializadora de energía. Explica que la factura se expide en atención a la prestación del servicio y a los ciclos de facturación de las zonas urbanas, rurales o especiales de difícil gestión, por lo que resulta complejo que ellos coincidan con el período gravable determinado por cada municipio, circunstancia que evidencia aún más la desproporción de la carga impuesta por la norma demandada.

4.4.2. Por otro lado, advierte que hasta la fecha de promulgación de la Ley 1819 de 2016, los prestadores del servicio de energía eléctrica han celebrado contratos o convenios con las entidades territoriales para la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, que les reconoce y remunera el costo de la prestación de dicho servicio. Al adoptarse una decisión en sentido contrario, se genera una situación que contradice los conceptos de justicia y equidad, así como el mandato de igualdad frente a las cargas públicas, pues se le impone al comercializador asumir gastos que exceden a los riesgos propios de su actividad, como ocurre con el “pago del impuesto del 4 por mil de los recursos recaudados que deben ser trasladados al municipio, [el] costo de la impresión [de] la factura en desprendibles separados, y [el] cobro por [el] recaudo realizado a través del servicio de [operadores], como baloto, bancos, supermercados, casa de cambio, etc.”[24]

Bajo esta perspectiva, apoya lo esbozado en la demanda en el sentido de que existe una vulneración a las libertades económicas, de empresa e iniciativa privada, reiterando que antes de la entrada en vigencia de la norma acusada, las empresas comercializadoras de energía eléctrica recaudaban el impuesto de alumbrado de manera remunerada y con tarifas reguladas en la Ley 1150 de 2007, por lo que el legislador debió conservar dicho mecanismo o, en su lugar, “indemnizar previa y plenamente a los prestadores de este servicio, que por mandato de la disposición demandada se ven afectados por la prohibición de recibir remuneración por el ejercicio de esta actividad lícita regulada”[25].

En línea con lo expuesto, sostiene que se presenta una violación al principio de igualdad, en la medida en que no existe justificación que explique el por qué los comercializadores del servicio de energía eléctrica son los únicos obligados a facturar y recaudar el impuesto de alumbrado público, sin que se reconozcan los costos asociados a dichas actividades y sin que, además, la norma precise en qué forma se tiene que cumplir con dicho rol, es decir, si debe hacerse en forma conjunta o en desprendible separado.

Finalmente, insiste en que las disposiciones acusadas desconocen los costos asociados a la actividad de facturación y recaudo[26], los cuales deben ser asumidos injustamente por las empresas comercializadoras de energía, pues no existe una motivación válida para el efecto, sobre todo cuando se trata de una obligación adicional que nada tiene que ver con el giro ordinario de los negocios de las citadas empresas[27].

4.5. Intervención de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones (ANDESCO)

Conforme al documento suscrito por su representante legal, la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones (ANDESCO) solicita declarar inexecutable los apartes objeto de demanda del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, por las siguientes razones:

- En primer lugar, el interviniente considera que no existe causa jurídica que legitime la imposición de una carga en cabeza de un particular que no es responsable del impuesto de alumbrado público y que no tiene la condición de sujeto pasivo de la obligación tributaria. El recaudo del citado tributo es una responsabilidad de los municipios y distritos, el cual puede delegarse en un tercero, como lo serían las empresas comercializadoras de energía eléctrica, siempre que se reconozcan todos los costos que dicha actividad puede generar, pues de lo contrario se vulneran las garantías asociadas a la libertad de empresa, en tanto se genera un detrimento patrimonial y se restringe a su vez la expectativa de obtener un beneficio
- En segundo lugar, agrega que si bien la libertad económica puede limitarse, las únicas motivaciones que lo permiten son las dispuestas en el inciso 5 del artículo 333 de la Constitución, esto es, la protección del interés social, del medio ambiente o del patrimonio cultural, ninguna de las cuales se acreditan en el caso de las disposiciones demandadas.
- Por último, insiste en que la gratuidad que impone el precepto demandado no busca finalidad alguna que sea constitucionalmente válida y no logra tampoco un mejor recaudo de impuestos o un mejor control al cumplimiento de los deberes fiscales de los contribuyentes.

4.6. Intervención de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) señala que al igual que ocurrió con el proceso D-11958, en el que se cuestionó la misma norma objeto de demanda, lo que cabe es proferir un fallo inhibitorio por el desconocimiento de la carga de certeza, toda vez que la gratuidad en la facturación y recaudo del impuesto solo se predicaría en el caso de que el comercializador de energía decida voluntariamente asumir tal compromiso, lo cual resulta lógico para preservar, entre otros, el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa.

4.7. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

En escrito enviado por el Director del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia se solicita declarar exequible los apartes demandados del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016. Para comenzar afirma que su intervención reitera los argumentos expuestos en el marco del proceso iniciado por el expediente D-11958, en el cual también se cuestionó la falta de contraprestación por la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público. En su criterio, si bien dicha decisión del legislador implica una limitación al contenido de la libertad económica, ello no afecta la validez de los preceptos cuestionados, ya que esa restricción encuentra fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia tributaria (CP art. 363). Por lo demás, las libertades de los ciudadanos no son absolutas, por lo que se admite la imposición de cargas para su ejercicio, en virtud del desarrollo del principio democrático.

A lo anterior añade que la prohibición anotada no establece un trato desigual entre sujetos iguales, sino un gravamen dirigido a un sujeto específico, esto es, las empresas comercializadoras de energía eléctrica, que por su especial condición frente a los sujetos pasivos de un impuesto territorial, es idóneo para ejercer la función que se le encomienda. De otro lado, tampoco cabe concluir que se infringe el principio de suficiencia financiera desarrollado por la Ley 142 de 1994, “puesto que la recaudación de recursos por concepto del impuesto de alumbrado público permite a las comercializadoras de energía eléctrica liquidez dentro de los 45 días hábiles siguientes a su recaudo”[29], como se dispone en el artículo que es objeto de demanda.

4.8. Intervención de la Universidad de Nariño

4.8.1. La Universidad de Nariño defiende la exequibilidad los preceptos legales acusados, al

mismo tiempo que plantea deficiencias en la formulación de la demanda. En relación con el primer punto, el interviniente sostiene que el único cargo llamado a prosperar es el referente al desconocimiento del preámbulo y del artículo 333 del Texto Superior, con ocasión de la supuesta violación a la libertad económica, al consagrar los apartes impugnados del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, que el recaudo al impuesto de alumbrado público a cargo de las empresas comercializadoras de energía no tendrá contraprestación alguna.

En su criterio, y luego de realizar un análisis sobre los derechos a la libertad de empresa y a la libre competencia, no puede concluirse, como lo sugiere la accionante, que con el cobro del impuesto se esté afectando financieramente a las citadas empresas, pues ellas generan ganancias acordes con los servicios prestados, siendo las actividades de facturación y recaudo un pequeño gasto que se explica en las atribuciones de intervención del Estado en la economía, en virtud de la necesidad de realizar el principio de solidaridad en materia tributaria.

Puntualmente, expone que si las empresas comercializadoras tuvieran alguna contraprestación por el servicio prestado, “terminaría pagándoseles con los mismos recursos que deben reunir, lo que redundaría en últimas en más gastos y costos para el contribuyente, el cual ya cumplió con su obligación de tributar”[30]. Aunado a lo anterior, manifiesta que no se desconoce ninguno de los elementos que integran el núcleo esencial de la libertad económica o de empresa, por las siguientes razones:

“Sobre el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición, la norma es clara en decir que: ‘El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste’, [de suerte que no solo] las empresas comercializadoras de energía eléctrica no recibirán ninguna contraprestación, sino que se trata de manera igual a todos y cada uno de los [agentes] que recauden el impuesto.

Sobre el derecho a concurrir al mercado o retirarse, la norma no les está prohibiendo a las comercializadoras de energía eléctrica que concurren al mercado o no les está obligando a quedarse en él, decir lo contrario sería hacer una interpretación inadecuada de la norma.

Sobre la libertad de organización, hay que decir que de la lectura de la norma se resalta que

el Estado no les está imponiendo a las empresas de servicios públicos una manera de organización interna, o un método de gestión, les deja la misma libertad que tenían antes solo que les solicita realizar el recaudo de un impuesto, en virtud del principio de solidaridad.

Sobre el derecho a libre iniciativa privada, (...) esta se define como 'la facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios'[[31]]. En ningún momento la norma demandada impide que las empresas de servicios públicos dejen de ofrecer sus servicios, y aunque ahora deberán prestar un servicio gratuito en pro del bien común, esto no hace menos atractivo el negocio de la prestación de los servicios públicos que resulta ser bastante rentable al tener como clientes obligados a los miles e incluso millones de habitantes de un municipio o distrito, que necesitan las 24 horas del día servicios como los de agua o energía eléctrica"[32].

4.8.2. En cuanto al segundo punto, el interviniente manifiesta que los cargos que se sustentan en la violación de los artículos 365 y 367 de la Constitución no satisfacen las cargas mínimas que se exigen en la formulación de una demanda de inconstitucionalidad. En primer lugar, frente al citado artículo 365, porque la acusación se sustenta en la afectación del régimen especial de los servicios públicos consagrado en la Ley 142 de 1994, que no constituye parámetro de revisión constitucional, porque se trata de una ley ordinaria. Además, la mencionada Ley 142 y la Ley 1819 de 2016 (en la que se incluyen los preceptos acusados) regulan materias diferentes, por lo que no se está afectando el régimen jurídico especial de los servicios públicos. En efecto, la primera sistematiza ese régimen y la segunda consagra una reforma tributaria.

En segundo lugar, respecto del artículo 367, allí se refiere la Constitución al régimen tarifario de los servicios públicos que es distinto a la consagración del papel de agente recaudador del impuesto de alumbrado público, incluso la demanda se sustenta en la Resolución No. 005 de 2012 de la CREG, que consagraba con anterioridad la posibilidad de retribuir las actividades de facturación y recaudación del citado tributo, que por tratarse de un acto administrativo tampoco es parámetro de revisión constitucional. Por último, aun en el caso de considerar que el cargo es procedente, el mismo no conduce a la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, toda vez que el precepto invocado como vulnerado refiere

expresamente a la solidaridad, lo que faculta imponer ciertas cargas gravosas a las empresas de servicios públicos, como ocurre con el artículo demandado.

4.9. Intervenciones ciudadanas

4.9.1. El ciudadano Alberto Anceno Camacho Cárdenas remitió a la Corte un escrito en el que solicita declarar la exequibilidad de los apartes cuestionados del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, al considerar que las empresas comercializadoras en cualquier municipio, obtienen un beneficio económico directo cuando prestan el servicio de energía, pues la regulación en la materia les permite a través de las facturas que entregan a los usuarios recuperar todos los costos en los que incurren. Así las cosas, contemplar que se cancele un costo adicional por el recaudo del impuesto de alumbrado público, implicaría un doble pago que debe asumir el usuario del servicio, por la misma factura en la que se incluye la cancelación del mencionado tributo.

Finalmente, subraya que el recaudo del impuesto de alumbrado público es una manifestación del deber de cooperación entre entidades públicas y empresas del sector de los servicios públicos, que interactúan para lograr el adecuado cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

4.9.2. El ciudadano Adiel Carrascal Robles presenta un escrito a fin de defender la constitucionalidad del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, en el que explica que el Estado le atribuyó la calidad de agente recaudador del impuesto de alumbrado público a las empresas comercializadoras de energía, teniendo en cuenta que la base gravable para determinar dicho tributo es el consumo de energía, por lo que –en términos de eficiencia– es una actividad que puede ser realizada válidamente por tales empresas, en virtud de la figura de la descentralización por colaboración.

Considera que la posición jurídica de las empresas comercializadoras de energía es muy similar a la desarrollada por los comerciantes obligados a facturar y recaudar el IVA, impuesto que debe ser incluido en sus facturas y luego trasladado a la DIAN, gestión que es realizada en virtud del principio de colaboración que deben tener los particulares en el recaudo de los tributos, sin que para ello se establezca algún tipo de contraprestación. Lo anterior, evidencia que no existe discriminación o carga excesiva impuesta por el artículo demandado. Lo mismo ocurre a nivel territorial con las empresas que se encuentran

obligadas a realizar retenciones sobre el impuesto de industria y comercio, función que igualmente se ejecuta de forma no remunerada.

Por último, destaca que los comercializadores de energía sí reciben un beneficio por ejercer la actividad cuestionada, pues al momento de trasladar lo recaudado por concepto del tributo al ente territorial, “proceden a hacer un cruce de cuentas y descuentan (...) el costo de la energía suministrada a los sistemas de alumbrado público (...), lo cual denota que hoy en día la cartera por concepto del servicio de energía destinada a los sistemas de alumbrado público puede estar rondando cifras irrisorias, porque el pago se realiza con cargo al recaudo ejercido por las mismas empresas comercializadoras (...). Así las cosas, [se está] frente una figura de gana-gana para el municipio y la empresa, el primero al tener la colaboración de un tercero en el recaudo de sus tributos y el segundo por cuanto puede cobrar de forma automática el costo del servicio de energía destinada al sistema de alumbrado público”[33].

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El Procurador General de la Nación solicita a esta Corporación estarse a lo resuelto por la Corte en la sentencia que decida la demanda que cursa bajo el expediente D-11958, y solo en el caso en que no se adopte una resolución de fondo en dicho fallo, pide declarar exequibles los apartes demandados del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016.

5.2. Inicialmente, la Vista Fiscal señala que la acusación formulada, en términos generales, guarda identidad con la demanda propuesta en el proceso D-11958, en el que también se impugnó la misma disposición, por vulnerar, aparentemente, la libertad económica y de empresa (CP art. 333). De allí que, ante la coincidencia en el cargo formulado, se solicita a la Corte estarse a lo resuelto en la sentencia que le ponga fin al citado proceso.

En todo caso, de existir un fallo inhibitorio frente al expediente en curso, se considera necesario reiterar los argumentos expuestos en dicha oportunidad, conforme a los cuales se rechaza el mismo cargo que ahora se reproduce. En este orden de ideas, para la Procuraduría son tres las razones principales que justifican la constitucionalidad de la norma impugnada, a saber:

“a.- Es una expresión de la libertad de configuración del legislador en materia tributaria (...),

pues regula la forma de recaudar y facturar el impuesto de alumbrado público.

b.- Protege uno de los principios constitucionales del sistema tributario, que es el de eficiencia, en el sentido de recaudar y facturar con menos costos para el Estado y los contribuyentes.

c.- La imposición del recaudo sin contraprestación no es una carga desproporcionada, pues está justificada en el deber de solidaridad y la especial posición económica de los comercializadores de energía, no solo por el servicio que prestan, sino por su especialidad y la relación directa con los contribuyentes en la facturación de su actividad económica. En la misma factura del servicio público domiciliario de energía, se cobraría el de alumbrado público”[34].

5.3. De otra parte, en relación con la acusación de inconstitucionalidad por el supuesto desconocimiento del artículo 367 del Texto Superior, que versa sobre el régimen tarifario de la prestación de servicios públicos, el Ministerio Público considera que existe cosa juzgada relativa, lo que en principio daría lugar a un fallo de fondo, no obstante considera que en la práctica se réplica la misma acusación, por lo que no se advierte inconstitucionalidad alguna, toda vez que, como ya se dijo, la carga que se impone a las comercializadoras de energía se justifica en el deber de solidaridad y en el principio de eficiencia en materia tributaria.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

En virtud de lo previsto en el numeral 4 del artículo 241 del Texto Superior, la Corte es competente para conocer sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, toda vez que se trata de un precepto de carácter legal expedido con fundamento en las atribuciones consagradas en el numeral 1º del artículo 150 de la Constitución.

6.2. Estructura de la presente sentencia

Antes de proceder con la formulación del problema jurídico y en cuanto hace a la posibilidad de este Tribunal de emitir una decisión de fondo, siguiendo los escritos de intervención

radicados por la Universidad de Nariño y la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, es preciso, en primer lugar, que se examine si la demanda se ajusta a los mínimos argumentativos de los cuales depende la prosperidad del juicio abstracto de constitucionalidad respecto de normas de naturaleza legal (CP art. 241.4 y Decreto 2067 de 1991, arts. 2 y 6), en virtud de su carácter predominantemente rogado y no oficioso[35].

A continuación, en segundo lugar, de existir acusaciones que permitan llevar a cabo un juicio de fondo, se verificará si frente a ellas se está en presencia de una cosa juzgada constitucional, pues, como se advierte por la Vista Fiscal y varios de los intervinientes[36], la disposición legal impugnada ya fue objeto de un control previo de constitucionalidad con ocasión del trámite del expediente D-11958, que dio lugar a la expedición de la Sentencia C-088 de 2018[37], en la que, según se afirma, se plantearon cargos idénticos a los que se formulan en esta oportunidad.

Tan solo en el caso de que existan acusaciones que cumplan con las cargas mínimas del juicio de constitucionalidad y que, además, no estén amparadas bajo la figura de la cosa juzgada, se procederá, en tercer lugar, con su examen de fondo, previo planteamiento del problema jurídico y de la fijación de las materias susceptibles de pronunciamiento.

6.3. Cuestión Previa. Examen sobre la aptitud de la demanda

6.3.1. La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal con la Constitución. Precisamente, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los siguientes requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad: (i) el señalamiento de las normas acusadas, bien sea a través de su transcripción literal o de la inclusión de un ejemplar de una publicación oficial de las mismas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) la exposición de las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando ello resultare aplicable, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual esta Corporación es competente para conocer de la demanda.

En lo referente a las razones de inconstitucionalidad, este Tribunal ha insistido en que el

demandante tiene la carga de formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada[38]. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001[39], la Corte señaló que las razones presentadas deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

Son claras cuando existe un hilo conductor en la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se soporta. Son ciertas cuando la acusación recae sobre una proposición jurídica real y existente, y no sobre una deducida por el actor o implícita. Son específicas cuando el actor expone las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental. Son pertinentes cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia. Y son suficientes cuando la acusación no solo es formulada de manera completa, sino que, además, es capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Así las cosas, antes de pronunciarse de fondo, la Corte debe verificar si los accionantes han formulado materialmente un cargo, pues de no ser así existiría una ineptitud sustantiva de la demanda que, conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impediría un pronunciamiento de fondo y conduciría a una decisión inhibitoria, ya que este Tribunal carece de competencia para adelantar de oficio el juicio de constitucionalidad. Sobre este punto, en la Sentencia C-447 de 1997[40], se sostuvo que:

“Si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte, y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal”.

Si bien por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda se debe realizar en la etapa de admisibilidad, el ordenamiento jurídico permite que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia[41], teniendo en cuenta que en algunas ocasiones no es evidente el incumplimiento de las exigencias mínimas que permiten adelantar el juicio de constitucionalidad, lo que motiva un análisis con mayor detenimiento y profundidad por parte de la Sala Plena[42]. Por lo demás, no sobra recordar que un fallo inhibitorio, lejos de afectar la garantía de acceso a la administración justicia (CP art. 229), constituye una herramienta idónea para preservar el derecho político y fundamental que tienen los ciudadanos de interponer acciones públicas en defensa de la Constitución (CP arts. 40.6 y 241), al tiempo que evita que la presunción de constitucionalidad que acompaña al ordenamiento jurídico sea objeto de reproche a partir de argumentos que no suscitan una verdadera controversia constitucional. En estos casos, como se expuso en la Sentencia C-1298 de 2001[43], lo procedente es “adoptar una decisión inhibitoria que no impide que los textos acusados puedan ser nuevamente objeto de estudio a partir de una demanda que satisfaga cabalmente las exigencias de ley”.

6.3.2. Como se advierte del contenido de la demanda, se estiman vulnerados el preámbulo y los artículos 333, 365 y 367 de la Constitución Política, con los apartes impugnados del artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, por virtud de los cuales “las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto” de alumbrado público y, además, “el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”.

Antes de pronunciarse sobre la aptitud de los cargos formulados, cabe señalar que, como se expuso en la reciente Sentencia C-088 de 2018[44], los preceptos acusados se ubican en el “Capítulo IV” de la Ley 1819 de 2016, titulado “Impuesto de Alumbrado Público”, capítulo que a su vez compone la “Parte XVI” de la regulación, destinada a los “Tributos Territoriales”. De esta manera, se advierte que entre los artículos 349 a 352 del Capítulo IV de la ley en mención se establecieron algunos elementos de la obligación tributaria por el impuesto de alumbrado público, a saber: el fin de los valores percibidos, el límite del valor del impuesto a cobrar, las normas sobre facturación y recaudo y los preceptos para la transición de la regulación.

Como elementos relevantes, salvo el hecho generador, “se previó que los elementos

estructurales del tributo por alumbrado público deben ser definidos por los concejos municipales o distritales (art. 349). Así mismo, se prescribió que los ingresos recibidos se destinarán solamente a la prestación, mejora, modernización y ampliación de la prestación del servicio (...), con inclusión del suministro, administración, operación, mantenimiento, expansión y desarrollo tecnológico asociado (art. 350).”[45] Por lo demás, se incorporó como límite a lo que debe pagarse “el valor total de los costos estimados de prestación en cada componente del servicio (art. 351).”[46]

En lo que hace relación al artículo parcialmente demandado, a pesar de que solo se acusaron dos expresiones, tal como ya se mencionó, debe partirse del contexto general de dicha disposición, en aras de determinar el alcance y la idoneidad de los cargos formulados.

Así las cosas, se encuentra que la norma prevé que el recaudo del impuesto de alumbrado público lo hará el municipio, el distrito o el comercializador de energía y que podrá realizarse mediante las facturas de servicios públicos domiciliarios. En seguida señala que las empresas comercializadoras de energía pueden actuar como agentes recaudadores del impuesto en la factura de energía y que transferirán los recursos obtenidos al prestador del servicio, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su recepción. Finalmente, dispone que el servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrán ninguna contraprestación y que deberá reglamentarse el régimen sancionatorio aplicable para la evasión de los contribuyentes.

De acuerdo con lo anterior, y como se mencionó en la citada Sentencia C-088 de 2018[47], las labores de facturación y recaudo de los valores del impuesto de alumbrado público corresponden alternativamente a la respectiva entidad territorial (municipio o distrito) o a la empresa comercializadora de energía eléctrica que opere en la localidad, a través de la factura del servicio. Esto significa que si la energía es proporcionada por empresas particulares, “el legislador otorgó la potestad al municipio o distrito de establecer que sea la misma comercializadora, en la respectiva factura de pago, la que recaude el tributo y lo transfiera al prestador de luz pública autorizado por el ente territorial, dentro de los 45 días siguientes. En cualquier caso, esta actividad no dará lugar a retribución.”[48]

De este modo, en todos aquellos eventos en los cuales las empresas comercializadoras de

energía provean el servicio domiciliario, los distritos y municipios pueden continuar realizando el recaudo del impuesto o decidir, en su lugar, que sea efectuado por ellas. En este sentido, “pese a no establecer un deber directo, la norma confiere a los concejos municipales y distritales la posibilidad de designar como recaudador del tributo de alumbrado público a las empresas de energía domiciliaria, a las cuales corresponderá asumir, sin ánimo de lucro, la respectiva carga fijada por el ente territorial”[49].

Como se advierte de lo expuesto, y lo puso de presente la Universidad de Nariño en su intervención, la norma acusada no regula aspectos atinentes a la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, sino que, por el contrario, refiere a una reforma tributaria, respecto de un gravamen del orden territorial, cuyo rigor se concreta en disponer los sujetos, formas y condiciones a través de las cuales se podrá adelantar las funciones de recaudo y facturación del impuesto de alumbrado público.

Entre otras, como ya se dijo, se disponen los sujetos habilitados para llevar a cabo la labor de recaudo (municipio, distrito o comercializador de energía); una de las vías que se autorizan para la facturación del impuesto (esto es, la factura del servicio de energía cuando quien actúa como recaudador es la empresa comercializadora); la posibilidad de esta última de recepcionar los recursos y de remitirlos al prestador del alumbrado público dentro de los 45 días siguientes; y la exclusión de cualquier retribución o contraprestación por el desarrollo de dichas labores de contenido tributario.

Así se pronunció la Corte en la ya varias veces mencionada Sentencia C-088 de 2018[50], al establecer que “la medida adoptada en el precepto demandado no limita en realidad el derecho de las comercializadoras a recibir un lucro razonable por su actividad económica (...). Esto es así[,] elementalmente[,] porque la medida creada no consiste en realidad en una limitación a un derecho sino que es una carga pública derivada del sistema tributario, que se impone en virtud del principio de solidaridad (...)”[51]. Por ello, al describir el alcance de la disposición impugnada, este Tribunal fue claro en sostener que:

“(...) mediante la norma demandada el legislador creó un mecanismo que tiende (...) a asegurar el ingreso al fisco de las contribuciones. La medida es distinta a la retención en la fuente, pues las comercializadoras no serán propiamente retenedoras. No obstante, mantiene apreciables rasgos de identidad con esta herramienta. En lo fundamental, se

funda también en la idea de que los agentes a los cuales se les puede asignar la carga en cuestión ocupan una posición económica clave respecto a los contribuyentes, de manera que se hallan en posibilidad de brindar una colaboración eficaz en la recolección del tributo. (...) [Así las cosas] (...) [c]omo se ha subrayado, el deber de facturar y recolectar el tributo de alumbrado es una carga pública, que se impone (...) [en términos similares a lo que ocurre con] (...) las obligaciones de retener y transferir el IVA que se les asigna a determinados agentes económicos y de retener en la fuente y entregar el impuesto a la renta que se impone a ciertos empleadores (...)”[52].

6.3.3. Precisado el sentido y alcance de la disposición demandada, procede la Sala a determinar la aptitud de los cargos formulados. Al respecto, observa esta Corporación que la acusación principal que se expone se vincula con la supuesta vulneración del artículo 333 de la Constitución Política, en lo que atañe a la libertad económica o de empresa y a la libre competencia.

En el primer caso, esto es, frente a la libertad económica o de empresa, la accionante estima que la ejecución de las actividades de recaudo y facturación del impuesto de alumbrado público de forma gratuita por parte de las empresas comercializadoras de energía, no permite que estas obtengan una justa contraprestación por un servicio debidamente prestado, el cual se halla en cabeza de los municipios o distritos, de suerte que se les impone un costo que debe asumirse sin beneficio alguno, a cargo de su capital, y que resulta claramente desproporcionado frente a las actividades que por ellas se cumplen en el mercado. La libertad económica se explica por la demandante como una vía para lograr que las empresas aumenten sus utilidades, más no para que tengan que cumplir cargas que no les reportan ninguna ganancia. A juicio de la Sala, este cargo satisface las exigencias mínimas planteadas por la Corte en la Sentencia C-1052 de 2001[53] y frente al mismo se pronunciaron la totalidad de los intervinientes y la Vista Fiscal. Con todo, nótese que esta acusación tan solo se predica de la expresión: “El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”, pues de su formulación no se deriva ninguno reparo respecto del otro texto demandado, por virtud del cual las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto de alumbrado público.

En el segundo caso, que corresponde a la supuesta violación de la libre competencia, la

actora señala que la norma produce una desventaja respecto de otros prestadores de servicios públicos domiciliarios, a los cuales, a través de la fórmula tarifaria, se les reconoce todos los costos en que incurren, incluso teniendo la posibilidad de cobrar servicios de otras empresas, a través de la emisión de facturas conjuntas, como se dispone en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994[54].

En criterio de este Tribunal, visto el contenido del derecho supuestamente vulnerado, se observa que la acusación impetrada no satisface las cargas de pertinencia y suficiencia. Ello es así, por una parte, porque no se aprecia que entre los sujetos mencionados exista una relación de competencia dirigida a la conquista de un mercado determinado. En efecto, la comparación que se propone se realiza entre las empresas comercializadoras de energía eléctrica y las empresas de acueducto y alcantarillado, aseo y gas domiciliario, las cuales pertenecen a escenarios competitivos radicalmente distintos, cuya rivalidad o concurrencia no es posible. Lo que sucede igualmente en relación con las empresas que generación y transformación de energía eléctrica, invocadas por la accionante, las cuales no están habilitadas para su distribución, por virtud del artículo 74 de la Ley 143 de 1994[56]. Así las cosas, en la medida en que no se brinda por la demandante explicación alguna para entender el por qué entre las empresas mencionadas existe una relación de competencia por un mismo mercado relevante, se concluye que se desconoce la carga de suficiencia, ya que el razonamiento que se brinda no logra despertar una duda mínima que ponga en entredicho la presunción de constitucionalidad de la norma acusada, pues a través de ella no se advierte que se esté afectando la tensión existente entre competidores, dando lugar a la conformación de un monopolio, de una práctica restrictiva, de un beneficio injustificado o de una situación que dé lugar a la consolidación de una posición dominante. Por el contrario, el precepto legal demandado no genera distinción alguna entre sus destinatarios, cuando expresamente señala, sin excepción, que el “servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá contraprestación a quien lo preste”[57].

Y, por la otra, porque las razones que se exponen para justificar el cargo se apoyan en una formulación legal contraria a la carga de pertinencia, en la medida en que se alega que las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen derecho a cobrar por la actividad que cumplen, a partir de lo que dispone el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, precepto que hace parte de una ley ordinaria y que no integra el bloque de constitucionalidad, y que refiere a la medición del consumo y del precio que se cobra a los usuarios por los servicios

prestados, actividad radicalmente distinta a la imposición de una carga pública derivada del sistema tributario, en la que se otorga a las empresas comercializadoras de energía eléctrica, el rol de agente recaudador de un impuesto, como se señaló en la citada Sentencia C-088 de 2018[58].

De esta manera, no cabe pronunciarse sobre una supuesta violación a la libre competencia económica, toda vez que el cargo carece del alcance persuasivo necesario para superar la carga de suficiencia, y además su argumentación se queda en un juicio respaldado en una consideración puramente legal, en desconocimiento de la carga de pertinencia. En últimas, si se observa con detenimiento, lo que realmente se cuestiona es la falta de contraprestación por las actividades de facturación y recaudo que, como agente recaudador, se podrían adelantar por las empresas comercializadoras de energía, insistiendo, con otras palabras, en la desproporcionalidad de dicha medida, cargo que se concreta en la supuesta violación a la libertad económica o de empresa.

6.3.4. Adicionalmente, la demandante considera que los preceptos acusados son contrarios a los artículos 365 y 367 del Texto Superior. En el primer caso, al señalar que los servicios públicos, por virtud de lo dispuesto en el citado artículo 365, están sometidos al régimen jurídico que fije la ley, el cual, para efectos de la materia objeto de control, se encuentra previsto en la Ley 142 de 1994, en cuyo artículo 146, dispone la facultad de las empresas que participan en ese sector de poder facturar y recaudar otros servicios, previa celebración de un contrato.

Así las cosas, a su juicio, “teniendo en cuenta que la facturación y el recaudo conjunto debe encontrarse regulado en un contrato, no es posible imponer a una 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”[59]. Lo anterior, en su criterio, se refuerza con lo previsto en el artículo 186 de la misma Ley 142 de 1994, en el que se dispone que en el evento de derogar una de sus normas, tal cambio debe hacerse explícito[60].

Tal como se infiere del cargo propuesto, este se encuentra exclusivamente encaminado a

impugnar la expresión: “Las empresas comercializadoras de energía eléctrica podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto”, pues lo que se cuestiona es que sin la existencia de un contrato previo, no es posible imponer a las empresas comercializadoras de energía, la condición de agentes auto retenedores del impuesto de alumbrado público, conforme a lo dispuesto en el artículo 146 de la citada Ley 142 de 1994, y que, en todo caso, para que un cambio de tal magnitud sea válido, es obligatorio manifestar explícitamente la derogatoria de dicho precepto, a partir de lo establecido en el artículo 186 de ese mismo estatuto legal. Lo anterior, bajo la consideración de que la regulación de los servicios públicos está sometido a un régimen especial previsto en la ley.

Para la Sala Plena, el cargo propuesto no es susceptible de generar un fallo de fondo, toda vez que, como ya se advirtió, la normatividad cuestionada no regula el régimen de prestación de los servicios públicos, como parámetro al cual se refiere el artículo 365 de la Constitución[61], ya que se limita a realizar una reforma de carácter tributario, sobre un gravamen territorial, como lo es el impuesto de alumbrado público, al amparo de lo previsto en los artículos 150.12 y 338 de la Carta, otorgándole la calidad de agente auto retenedor a las empresas comercializadoras de energía. De esta manera, no se aprecia que el razonamiento propuesto tenga la capacidad de suscitar una duda mínima que ponga en entredicho la presunción de constitucionalidad del precepto legal acusado, pues se invoca como vulnerado un texto de la Constitución, que no resulta aplicable como garantía superior frente a la materia que es objeto de regulación, en desconocimiento de la carga de suficiencia.

Por lo demás, la contradicción normativa que se propone se realiza respecto de lo previsto en los artículos 146 y 186 de la Ley 142 de 1994, por lo que el reproche formulado no es de naturaleza constitucional, sino de carácter legal, lo que se traduce en una falta de atención a la carga de pertinencia, sobre todo, como ya se dijo, si se tiene en cuenta que la citada ley es de naturaleza ordinaria, por lo que no integra el denominado bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, según se mencionó con anterioridad, la actora también invoca la vulneración del artículo 367 de la Constitución[62], en el que se establece que la ley que fije el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Bajo este contexto, y con fundamento

en la Resolución No. 005 de 2012 de la CREG[63], concluye que las empresas comercializadoras sí incurren en gastos operativos, técnicos y administrativos al momento de realizar la facturación y el recaudo del impuesto de alumbrado público, por lo que excluir tales conceptos del régimen tarifario es contrario al mencionado criterio de costos y, por lo mismo, manifiestamente inconstitucional, pues no se retribuye el esfuerzo financiero que por ellas se realiza ni por la vía de la tarifa, ni a través de un convenio.

Tal como se señaló con anterioridad, se advierte que esta acusación también desconoce las cargas de suficiencia y pertinencia. La primera, al invocar como vulnerado un texto superior que no resulta aplicable como garantía constitucional frente a la materia regulada en la disposición demandada, pues en ella no se modifica el régimen tarifario que retribuye la prestación del servicio a cargo de las empresas comercializadoras de energía eléctrica, sino que, como ya se señaló, se impone una carga pública derivada del sistema tributario. Y, la segunda, al justificar la contradicción normativa en que se basa el juicio de constitucionalidad en una resolución de la CREG, la cual no erige de forma alguna en un parámetro de revisión constitucional, al tratarse de un acto administrativo.

6.3.5. Por último, se invoca por la actora el desconocimiento del preámbulo, en lo que corresponde a la necesidad de asegurar un orden económico justo, básicamente por tres razones: En primer lugar, porque la norma demandada desconoce la garantía de la libertad económica o de empresa, al imponer un costo por la facturación y el recaudo del impuesto de alumbrado público, que no se retribuye a las empresas comercializadoras de energía eléctrica. Según se advierte de lo expuesto, este argumento no constituye un cargo autónomo e independiente, sino que reproduce la misma acusación ya reseñada referente a la violación del citado derecho (acápito 6.3.3. de esta providencia), por lo que no supera el presupuesto de suficiencia.

En segundo lugar, porque la regulación cuestionada es contraria al principio de suficiencia financiera establecido en el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, cargo que plantea una contradicción normativa de carácter estrictamente legal, en contravía de la carga de pertinencia.

Y, en tercer lugar, porque los apartes legales que se demandan son contrarios al principio de igualdad, al trasladar “la carga que tiene[n] los administradores del impuesto de

alumbrado público, es decir, los municipios y/o distritos a unos pocos que tendrán que asumir de forma gratuita los costos de facturación y recaudo, del cual se beneficia el municipio y/o distrito y no el comercializador de energía eléctrica”[64]. En criterio de la Corte, esta acusación desconoce los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia, pues para que se admita un cargo por violación del citado principio, no es suficiente con sostener que se afecta a unos pocos y que ello genera un trato discriminatorio. En efecto, para poder establecer en un marco relacional si existe una diferencia de trato carente de justificación, es preciso establecer un criterio de comparación o *tertium comparationis*, a partir cual se pueda determinar si es exigible que dos o más situaciones o personas deban recibir el mismo trato. En este orden de ideas y con miras a que proceda un juicio de igualdad, este Tribunal ha señalado que es deber del accionante indicar claramente (i) en qué consiste el trato diferenciado; (ii) en qué sentido se da esa diferenciación, y (iii) con base en qué criterios se presenta la misma[65].

La falta de cumplimiento de estas exigencias conduce a un desconocimiento de las cargas de pertinencia, especificidad y suficiencia. En cuanto a la carga de pertinencia, porque no se verificaría el juicio de contradicción normativa entre una norma de rango legal y una de rango constitucional, al limitarse el alcance de la acusación a una valoración de conveniencia sobre la distinción de trato consagrada en la ley. En relación con la carga de especificidad, porque no se exhibiría cuál es el problema de legitimidad constitucional que surge de la norma demandada, como consecuencia de la posibilidad que tiene el legislador de prever consecuencias normativas distintas frente a supuestos de hecho no asimilables. Y, en cuanto a la carga de suficiencia, porque no existiría el mínimo razonamiento jurídico para poner en entredicho la presunción de constitucionalidad que ampara a todas las normas legales, como consecuencia de la aplicación del principio democrático.

En el asunto bajo examen, simplemente se señala que la carga tributaria impuesta en la ley afecta a unos pocos, pero no se especifica cuáles son los sujetos que se comparan, en qué consiste el trato diferenciado que se otorga y por qué el mismo resulta contrario a la Constitución, más aun, cuando, como ya se dijo, la norma cuestionada no consagra excepción alguna frente a la gratuidad con la que debe asumir la obligación que se impone. En este sentido, el cargo propuesto tampoco es susceptible de provocar un fallo de fondo.

6.3.6. En consecuencia, la Corte se inhibirá de realizar un pronunciamiento de fondo en

relación con los cargos vinculados con la supuesta vulneración del preámbulo y de los artículos 333 (en lo relativo a la libre competencia económica), 365 y 367 del Texto Superior, por ineptitud sustantiva de la demanda. En cambio, se adoptará una decisión definitiva en lo que atañe al cargo por desconocimiento de la libertad económica o de empresa, al tenor de lo previsto en el artículo 333 de la Constitución, al entender que se satisfacen los mínimos argumentativos del juicio abstracto de constitucionalidad. Esta decisión implica que el juicio únicamente recaerá sobre la expresión: “El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste”, toda vez que lo que se cuestiona es que se imponga las funciones de facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público a las empresas comercializadoras de energía sin contraprestación alguna, al entender que ello resulta desproporcionado frente a las actividades que cumplen en el mercado, sin que se controvierta, en sí mismo, el otorgamiento de la condición de agente recaudador, como aspecto regulado en la otra expresión demandada[66] y cuya acusación por la vía del artículo 365 del Texto Superior, según se demostró, no satisface las cargas de suficiencia y pertinencia.

6.4. De la cosa juzgada constitucional frente al cargo propuesto

6.4.1. Como lo ha manifestado la Corte en otras oportunidades, la cosa juzgada constitucional es una institución jurídica procesal, que tiene su fundamento en el artículo 243 de la Constitución[67], la cual parte de la base de otorgarle a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto. Esta figura ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de este Tribunal en los que se ha destacado su finalidad, sus funciones y consecuencias, así como las distintas modalidades que puede presentar[68]. Para efectos de esta providencia, cabe hacer alusión a las distinciones que existen entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, y la cosa juzgada absoluta respecto de la cosa juzgada relativa.

6.4.2. Frente a la primera de las clasificaciones en mención, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que la cosa juzgada formal tiene ocurrencia cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con el mismo texto legal que es llevado posteriormente a su estudio[69]; mientras que, por el contrario, la cosa juzgada material se

presenta cuando existen dos disposiciones distintas que tienen identidad de contenido normativo y en relación con una de ellas ya se ha realizado por la Corte previamente un juicio de constitucionalidad[70]. Sobre este punto, en la Sentencia C-310 de 2002[71], se dijo que:

“[La] Corte [ha entendido] que hay lugar a declarar la existencia de la cosa juzgada formal, en aquellos eventos en los que existe un pronunciamiento previo del juez constitucional en relación con el precepto que es sometido a un nuevo y posterior escrutinio constitucional. Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en manifestar que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material cuando a pesar de haberse demandado una norma formalmente distinta, su materia o contenido normativo resulta ser idéntico al de otra u otras disposiciones que ya fueron objeto del juicio de constitucionalidad, sin que el entorno en el cual se apliquen comporte un cambio sustancial en su alcance y significación.”

Por su parte, en lo que atañe a la segunda clasificación, la jurisprudencia ha señalado que existe cosa juzgada absoluta, cuando el pronunciamiento que se realiza por este Tribunal no se limita en su alcance, por lo que se entiende que la norma fue examinada en su totalidad y frente a todo el texto constitucional; a diferencia de lo que ocurre con la cosa juzgada relativa, en el que el escrutinio realizado por la Corte se circunscribe dentro de la propia sentencia, ya sea a un determinado cargo o a un preciso problema jurídico, de forma explícita o implícita[72]. En todo caso, mientras esta Corporación no señale que los efectos de una providencia son relativos, como regla que se deriva del artículo 46 de la Ley 270 de 1996[73], se entenderá que los fallos que ella profiera hacen tránsito a cosa juzgada absoluta[74].

En virtud de esta última categorización, la Corte ha aclarado que, mientras un fallo absoluto precluye por completo la posibilidad de interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad con posterioridad a la sentencia, siempre que subsistan las disposiciones constitucionales que sustentaron la decisión[75] y se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo[76]; en el caso en el que este Tribunal adopte un fallo relativo, por oposición a lo expuesto, se admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos de inconstitucionalidad contra la norma que ha sido objeto de examen, con la única condición de que ellos sean distintos a los que ya fueron analizados.

Por tal razón, para que exista cosa juzgada frente a una decisión de alcance relativo se impone acreditar, de un lado, si el mandato acusado fue objeto de juzgamiento en una oportunidad anterior y, de otro, si la acusación formulada en dicha ocasión coincide con la nueva censura sometida al estudio de la Sala Plena[77].

6.4.3. En el asunto bajo examen, cabe señalar que en el proceso que concluyó con la expedición de la Sentencia C-088 de 2018[78], esta Corporación tuvo la oportunidad de examinar la constitucionalidad de la misma expresión que ahora se impugna, procediendo a declarar su exequibilidad relativa, en razón de los cargos que fueron analizados en la citada providencia. Al respecto, en el numeral segundo de la parte resolutive, se dijo que:

“Segundo.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones ‘o Comercializador de energía’ y ‘El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste’, contenidas en el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, ‘[p]or 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’, en relación con los cargos analizados en esta sentencia.”[79]

“En este orden de ideas, la Sala deberá determinar si la actividad de recaudo del impuesto de alumbrado público que, sin contraprestación, puede ser impuesta a las empresas de energía eléctrica domiciliaria por los municipios y distritos, es contraria a la libertad de empresa y a la justicia y equidad bajo las cuales se debe contribuir al financiamiento de los gastos del Estado. Con el propósito de ilustrar los aspectos centrales del debate, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre (i) el contenido del derecho a la libertad de empresa en la Constitución, (ii) la libertad de configuración normativa del Legislador en materia tributaria, (iii) la colaboración de agentes económicos en la actividad de recaudo de los tributos, en el marco del principio de eficiencia tributaria y (iv) la justificación constitucional de estas cargas públicas. Por último, analizará la compatibilidad con la Constitución de los fragmentos normativos demandados.”[80]

En relación con este cargo, este Tribunal concluyó que la norma demandada no desconoce lo previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, pues lejos de afectar la libertad económica o de empresa, lo que se observa es que su rigor normativo apela a la consagración de una carga pública que se justifica en los principios de solidaridad y

eficiencia tributaria, así como en la obligación ciudadana de contribuir a los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad. En concreto, en algunos de los apartes de la precitada Sentencia C-088 de 2018, se manifestó que:

“A juicio de la Corte, no asiste razón a los argumentos de la impugnación, destinados a demostrar la supuesta inconstitucionalidad de los fragmentos acusados. Por una parte, encuentra que esta carga no interviene de ninguna manera la libertad de empresa consagrada en la Constitución. Por la otra, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia, observa que, antes que infringir, la medida analizada es precisamente una manifestación del principio de solidaridad y de la obligación ciudadana de contribuir a los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y de equidad.

(...) No se desconoce el núcleo esencial de la libertad de empresa de las comercializadoras de energía eléctrica, pues la norma censurada no establece en realidad restricción alguna a ese derecho en general, ni tampoco a alguno de los aspectos que conforman su núcleo esencial. La disposición no proporciona un tratamiento discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallen en la misma posición, por cuanto a todas las empresas de energía eléctrica que proporcionen el servicio domiciliario en el municipio o distrito puede serles asignada la carga en mención.

Así mismo, la obligación eventual de facturar y recaudar las sumas por concepto de alumbrado público no interfiere el derecho de tales empresas a concurrir al mercado o retirarse del mismo, a competir en paridad de condiciones, ni comporta consecuencias sobre la libertad que poseen para disponer de sus modelos de organización y gestión interna, así como de sus técnicas para incursionar en el sector económico de su especialidad. En el mismo sentido, la norma no establece limitaciones a la libre iniciativa privada, en la medida en que la citada carga no coarta el desarrollo libre de esa prerrogativa, según los modelos mercantiles de organización contemporáneos. Tampoco incide en la posibilidad que les asiste de crear establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos legales.

Por último, la medida adoptada en el precepto demandado no limita en realidad el derecho de las comercializadoras a recibir un lucro razonable por su actividad económica, a diferencia de lo que afirma el actor. El objeto social de aquellas se halla ligado

esencialmente a la prestación del servicio de energía eléctrica. En este sentido, el eventual desarrollo de labores de recaudo tributario no interviene en su derecho a obtener rendimientos por sus operaciones comerciales ordinarias. No implica que la inversión de recursos particulares con fines de explotación, en este caso en el sector de la energía eléctrica, no pueda tener como contraprestación una ganancia. Esto es así elementalmente porque la medida creada no consiste en realidad en una limitación a un derecho sino que es una carga pública derivada del sistema tributario, que se impone en virtud del principio de solidaridad (Art. 1 de la C.P.), como se mostrará en breve.”

A lo anterior se agregó que:

“En este orden de ideas, la posibilidad de que los proveedores de energía eléctrica domiciliaria sean designados recaudadores del impuesto de alumbrado público, sin contraprestación, se soporta en mandatos constitucionales claros. En los fundamentos se insistió en la compatibilidad con la Carta de la imposición de cargas administrativo tributarias a agentes económicos, relacionadas con la retención y recaudo de exacciones, en razón de su posición en la generación o recolección de las contribuciones. Se resaltó también que, conforme a la jurisprudencia de la Corte, el desarrollo de esta función pública se funda en el principio de solidaridad (Art. 1 de la C.P.) y en la obligación ciudadana de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de equidad y justicia (Art. 95.9 de la C.P.).

La anterior obligación, se subrayó, implica no sólo el pago cumplido de las deudas fiscales, sino también la colaboración para que el sistema tributario funcione de la forma más eficiente posible. En este asunto, como se dejó evidenciado en el fundamento anterior, la asunción de labores de recaudo del impuesto por alumbrado público por parte de los comercializadores de energía eléctrica domiciliaria presenta ventajas en términos del aseguramiento de los ingresos públicos, de manera que la medida se sustenta en el principio de eficiencia tributaria. Así mismo, se articula con la obligación de contribuir con los gastos del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad, la cual constituye una aplicación del principio de solidaridad (Art. 1 de la C.P.).

(...) Debe subrayarse que la posibilidad de que las comercializadoras de energía domiciliaria reciban algún valor económico a cambio de las labores de facturación y recaudo

no ha existido siempre y, de hecho, no fue contemplada en las Resolución 043 de 1995 y 076 de 1997 de la CREG. Solo se permitió a partir del artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 y la Resolución 122 de 2011 de la CREG que le dio cumplimiento. Sin embargo, de nuevo, al diseñar la detracción en el “Capítulo IV” de la Ley 1819 de 2016, el Congreso de la República consideró que la labor de recaudo era una carga pública susceptible de ser impuesta, sin contraprestación, a las empresas que proporcionan la energía a los usuarios en sus domicilios.

El interviniente en representación de Codensa estima que la labor de recaudo de las comercializadoras de energía eléctrica es demasiado costosa. En este sentido, argumenta que los gastos operativos en los que mensualmente una empresa tendría que incurrir al realizar tal actividad no estarían compensados ni siquiera por los intereses que puede obtener, producto del dinero recolectado. Al respecto, señala que la previsión contenida en el artículo acusado, que permite a la empresa permanecer en poder del dinero recibido 45 días, no se traduce en rendimientos suficientes en orden a retribuir la actividad administrativa que se le encomienda.

A juicio de la Sala, el argumento del interviniente no incide en la constitucionalidad de la regla analizada. En primer lugar, los términos precisos en los cuales se debe llevar a cabo la facturación y el recaudo del impuesto deben ser definidos por los concejos de cada entidad territorial, en el marco de su autonomía. Por lo tanto, detalles como, por ejemplo, el periodo de facturación y recaudo del tributo a los usuarios (mensual, trimestral, semestral o anual), la información que debe ser expresada en cada factura y si la tarifa se debe, no, facturar en desprendible separable, depende de los términos en que sea establecido el deber por cada municipio o distrito. Así, no se puede afirmar ex ante que en realidad se trate de una obligación gravosa para las empresas eventualmente responsables.

En segundo lugar, la comercializadora de energía eléctrica debe transferir el producto del impuesto dentro de los 45 días siguientes a su recaudo. En el proyecto de Ley y en el texto aprobado por la respectiva Comisión de la Cámara de Representantes se preveía que el recaudo del tributo por las empresas de energía se haría, de conformidad con las regulaciones de la Comisión para la Regulación de Energía y Gas, CREG[81]. Esto significa que, en principio, se contempló que pudiera continuar otorgándose una contraprestación por dicha labor. Sin embargo, en la Plenaria de la Cámara de Representantes se sustituyó la

previsión anterior y finalmente se aprobó, tanto en esa Célula Legislativa como en el Senado de la República, la norma que permite a la empresa tener en su poder el dinero resultante del recaudo por un término de 45 días[82].

Dado que las sumas del tributo han de ser entregadas solamente en su valor nominal, como reconoce el interviniente, los dineros recolectados causan unos intereses que ingresan a las cuentas de la respectiva empresa. Precisamente puede inferirse de forma razonable que el sentido de la regla que en el trámite legislativo reemplazó la posibilidad de que la comercializadora recibiera una retribución por el servicio de recaudo consiste en aliviar la carga que se atribuye a las comercializadoras, a través de la percepción de unos intereses durante cierto tiempo. El representante de Codensa estima, sin embargo, que tales rendimientos son bajos y no alcanzan a constituir una retribución por la labor desarrollada. A juicio de la Sala, este argumento pierde de vista el propósito de la mencionada regla y, en especial, el sentido de la obligación que se examina.

Como se ha subrayado, del deber de facturar y recolectar el tributo de alumbrado es una carga pública, que se impone en virtud del principio de solidaridad (Art. 1 de la C.P.) y de la obligación de contribuir a las inversiones y gastos del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad (Art.95.9 de la C.P.). En consecuencia, así como las obligaciones de retener y transferir el IVA que se les asigna a determinados agentes económicos y de retener en la fuente y entregar el impuesto a la renta que se impone a ciertos empleadores, no son prestaciones por las cuales el Estado deba fijar expresamente una contraprestación. Dichos deberes se asignan con fundamento en los citados mandatos constitucionales, en virtud de las características de los destinatarios de la norma y de su posición clave en la recolección del tributo.

Debe precisarse, en todo caso, que la cantidad de rendimientos que pueden recibir las comercializadoras de energía eléctrica, producto de los dineros que reciben de la exacción fiscal, es una variable dependiente del monto que ingrese por tal concepto a sus cuentas. Esto, a su vez, está relacionado con el número de usuarios a quienes se les facture el impuesto, según el tamaño del respectivo municipio o distrito. En tal sentido, tampoco en este caso es posible afirmar de entrada que, incluso si dichas empresas no son “profesionales” en la colocación de dinero, lo percibido en 45 días por concepto de intereses derivados de las sumas recogidas sean siempre sumas no significativas. (...) Sobre la base

de las razones indicadas en precedencia, así como se sostuvo en la Sentencia C-1144 de 2001 (ver fundamento 19), en este caso la Sala considera que los eventuales ajustes administrativos, de facturación y gestión, que deban efectuar las comercializadoras del servicio de energía eléctrica domiciliaria, como consecuencia de la norma, no resultan desproporcionados ni injustificados, por cuanto son inherentes al cumplimiento de la función económica y a la solidaridad a la que están constitucionalmente obligadas. La Corte recuerda que, de conformidad con el artículo 333 de la C.P., la empresa es la base del desarrollo y se garantiza en todas sus dimensiones, pero tiene también una función social que implica obligaciones y supone responsabilidades públicas. Así mismo, recalca que, conforme se dejó señalado, el Estado debe intervenir y crear las condiciones necesarias para que las libertades económicas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta.”

6.4.4. De esta manera, en la medida en que expresión legal acusada ya fue analizada por la Corte en la citada Sentencia C-088 de 2018, y que uno de los cargos que allí fue descartado es igual al que ahora se impetra, es claro que en el presente caso ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en sus categorías de formal y relativa, razón por la cual no puede este alto Tribunal entrar a proferir un nuevo pronunciamiento de fondo sobre esta materia, debiendo estarse a lo resuelto en dicha oportunidad. Así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Declararse INHIBIDA para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de los cargos relacionados con la vulneración del preámbulo y de los artículos 333 (en lo relativo a la libre competencia económica), 365 y 367 de la Constitución, lo que incluye el examen de la expresión: “Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto” contenida en el artículo 352 de la Ley 1819 de 2016, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo.- En lo que respecta al cargo relacionado con la violación del artículo 333 de la Constitución, referente al supuesto desconocimiento de la libertad económica o de empresa, ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-088 de 2018, en la que esta Corporación declaró EXEQUIBLE la expresión: “El servicio o actividad de facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación a quien lo preste” contenida en el citado artículo 352 de la Ley 1819 de 2016.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

CARLOS LIBARDO BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[2] “El pueblo de Colombia, 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 (...)”

[3] Folio 3 del cuaderno principal.

[4] Ibídem.

[5] La norma en cita dispone que: “Artículo 87. Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia. (...) 87.4. Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, 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.” Esta norma fue declarada exequible por la Corte en la Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, salvo la expresión

“expansión” que se declaró condicionalmente exequible, “en el entendido de que al considerar los costos de expansión se incluirá un criterio expreso para hacer efectivo el principio de solidaridad y asegurar que los beneficios de la misma serán, de manera prioritaria, las personas de menores ingresos”.

[6] Folio 7 del cuaderno principal.

[7] “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”

[8] Folio 9 del cuaderno principal.

[9] Folio 9 del cuaderno principal. La norma en cita dispone que: “Artículo 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario. // Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales. // Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos

seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido. // La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario. // En cuanto al servicio de aseo, se aplican los principios anteriores, con las adaptaciones que exige la naturaleza del servicio y las reglas que esta ley contiene sobre falla del servicio; entendiéndose que el precio que se exija al usuario dependerá no sólo de los factores de costos que contemplen las fórmulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan. // En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo. // 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 todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente ley para elevar los niveles de macro y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3. //

Parágrafo. La Comisión de Regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente ley, reglamentará los aspectos relativos a este artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta Ley. (...). Énfasis por fuera del texto original.

[10] “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 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.”

[11] Norma previamente citada en la nota a pie No. 9.

[12] Folio 13 del cuaderno principal.

[13] La norma en cita dispone que: “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.”

[14] “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”.

[15] “Por la cual se modifica la Resolución CREG 122 de 2011 mediante la cual se regula el 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.”

[16] “En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. // La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones

que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. // Las 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”.

[17] “Por la cual se regula el 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”.

[18] Folio 355 del cuaderno principal.

[19] Folio 356 del cuaderno principal.

[20] Folio 357 del cuaderno principal.

[21] Ibídem.

[22] Folio 208 del cuaderno principal.

[23] Sobre el particular, el artículo 349 de la Ley 1819 de 2016 dispone que: “Artículo 349. Elementos de la obligación tributaria. Los municipios y distritos podrán, a través de los concejos municipales y distritales, adoptar el impuesto de alumbrado público. En los casos de predios que no sean usuarios del servicio domiciliario de energía eléctrica, los concejos municipales y distritales podrán definir el cobro del impuesto de alumbrado público a través de una sobretasa del impuesto predial. // El hecho generador del impuesto de alumbrado público es el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público. Los sujetos pasivos, la base gravable y las tarifas serán establecidos por los concejos municipales y distritales. // (...) Parágrafo 1o. Los municipios y distritos podrán optar, en lugar de lo establecido en el presente artículo, por establecer, con destino al servicio de alumbrado público, una sobretasa que no podrá ser superior al 1 por mil sobre el avalúo de los bienes que sirven de base para liquidar el impuesto predial. // Esta sobretasa podrá recaudarse junto con el impuesto predial unificado para lo cual las administraciones tributarias

territoriales tendrán todas las facultades de fiscalización, para su control, y cobro. (...)."

[24] Folio 216 del cuaderno principal.

[25] Folio 220 del cuaderno principal.

[26] Los costos asociados los que se refiere son: "(i) Adecuación de los sistemas de facturación y recaudo de acuerdo con las condiciones especiales que en virtud del principio de autonomía territorial defina cada municipio o distrito, frente a los sujetos pasivos del impuesto, la tarifa, el período o base gravable y demás condiciones particulares, algunas de las cuales no son fácilmente parametrizables a nivel informativo, porque incluyen casos como actividad comercial o industrial específica, área del terreno, ubicación del predio, entre otros, que obligan a hacer desarrollo por municipio e inclusive por usuario. (ii) Gestión contractual: para poder encargarse del proceso de facturación y recaudo, el comercializador de energía eléctrica y el municipio deberán suscribir y si es del caso estar revisando cada año, las condiciones de la prestación del servicio, derechos y responsabilidades de las partes y distribución de los riesgos asociados a la prestación del servicio de facturación y recaudo, e incluso el traslado del riesgo a terceros, los cuales serán difíciles de trasladar si se mantiene la prohibición de que este servicio se debe prestar sin contraprestación alguna. (iii) Gestión financiera y contable: Conlleva la responsabilidad de administrar, identificar, registrar y controlar que el impuesto que liquide cada mes el municipio ingrese al sistema de facturación del comercializador de energía eléctrica, toda vez que la labor de determinación y liquidación del tributo es responsabilidad indelegable de la autoridad tributaria municipal. (iv) Proceso de facturación: Esta actividad compromete la responsabilidad del comercializador de energía, por cuanto deberá revisar que las facturas por él expedidas para el cobro del impuesto de alumbrado público se ajusten al impuesto que realmente debe pagar el contribuyente, por cuando de expedirse mal, adicionalmente deberá asumir el costo de reexpedición de la factura, y corregir los asientos contables realizados para el cobro del ingreso de este impuesto. (v) Proceso de gestión documental: El comercializador está obligado a gestionar y conservar toda la documentación asociada a la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, por cada uno de sus usuarios y la correspondencia cruzada con los contribuyentes del tributo, y las entidades territoriales, para efectos de inspección, vigilancia, control o auditorías. (vi) Proceso de atención al contribuyente: Siendo el comercializador encargado de la facturación y recaudo del

impuesto de alumbrado público, deberá atender y dar traslado al municipio o distrito de las peticiones, quejas y reclamos que con ocasión de este servicio presenten los contribuyentes y realizar las auditorias a los procesos y producción de reportes. (vii) Proceso de recaudo: Los comercializadores de energía eléctrica, para efectos del recaudo de los servicios prestados utilizan los servicios de terceros recaudadores, los cuales tienen un costo asociado, como son los bancos, cadenas de supermercados, etc. Así las cosas, estos terceros podrán cobrar al prestador del servicio por el recaudo del impuesto de alumbrado público". Folios 224 y 225 del cuaderno principal.

[27] Cabe resaltar que el interviniente realizó consideraciones adicionales respecto de la constitucionalidad de la norma acusada, al referir (a) que la misma afecta la autonomía de las entidades territoriales, pues, en su opinión, el legislador excedió su competencia, al definir como responsable del recaudo del impuesto de alumbrado público a los comercializadores de energía, ya que dicha determinación corresponde de manera exclusiva a las autoridades municipales y distritales, en virtud de lo previsto en el artículo 287 de la Constitución, por tratarse de un tributo del orden territorial. Adicionalmente, (ii) indicó que este Tribunal ha reconocido que la asignación de funciones administrativas a particulares no puede llegar al extremo de reemplazar totalmente a la autoridad pública en el ejercicio de sus atribuciones (Sentencia C-866 de 1991), lo cual ocurre con los preceptos demandados, ya que se sustituye en su integridad a las entidades territoriales en el recaudo del impuesto de alumbrado público, al asignar dicho rol a las empresas comercializadoras de energía, incluso, a su juicio, en los casos en que se deban adelantar cobros coactivos por el incumplimiento en el pago de la obligación tributaria. Por último, (iii) manifestó que la norma demandada es inconstitucional por desconocer los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible, pues el texto acusado se introdujo en las plenarias de ambas cámaras, sin haberse surtido el primer debate en las Comisiones Terceras Permanentes Constitucionales de la Cámara de Representantes y del Senado de la República, en donde el tema no fue debatido, ni aprobado, ni negado. Sobre el particular, como lo ha reiterado de forma consistente esta Corporación (véanse, entre otras, las Sentencias C-717 de 2003, C-572 de 2004, C-888 de 2004, C-353 de 2006, C-292 de 2007, C-766 de 2013 C-587 de 2014 y C-084 de 2018), no es posible examinar las acusaciones propuestas por el interviniente, pues el alcance del fallo de la Corte se limita a los cargos planteados en la demanda, entre otras, por las siguientes razones: (a) porque el juicio de constitucionalidad por vía activa tan sólo es procedente cuando se formula una acusación

ciudadana (CP art 241), que satisface los requisitos formales y materiales de admisión, por lo que son los cargos que allí se exponen las que concretan el objeto del debate constitucional, en ejercicio de un derecho político de carácter fundamental (CP art. 40.6); (b) porque la obligación de rendir concepto por parte del Procurador General de la Nación se circunscribe a la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el actor, sin que sea posible ampliar los temas objeto de pronunciamiento, así sean invocados por algunos de los intervinientes, pues, de hacerlo, se estaría ante un control cuyo origen no es el ejercicio del derecho de acción como lo exige la Constitución (CP art. 241), y (c) porque de asumir un juicio sobre cargos distintos a los expuestos en la demanda, eliminaría la posibilidad de quienes participaron en la expedición de la norma de explicar las razones que justifican su constitucionalidad (CP art. 244), como elemento mínimo de contradicción que debe tener el juicio abstracto a cargo de la Corte.

[28] Folios 194 del cuaderno principal.

[29] Folio 199 del cuaderno principal. Textualmente, el aparte en cuestión dispone que: “(...) 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. (...)”.

[31] Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] Folio 259 del cuaderno principal.

[33] Folio 249 del cuaderno principal.

[34] Folio 328 del cuaderno principal.

[35] En la Sentencia C-104 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, se manifestó que: “el control de constitucionalidad de las leyes es una función jurisdiccional que se activa, por regla general, a través del ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos, para lo cual se exige la presentación de una demanda de inconstitucionalidad, sin perjuicio de los casos en los que la propia Constitución impone controles automáticos, como ocurre con las leyes aprobatorias de tratados internacionales o las leyes estatutarias.”

[36] Intervenciones de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, la Universidad de Nariño y la Universidad Externado de Colombia.

[37] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[38] Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

[39] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[40] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[41] Decreto 2067 de 1991, art. 6.

[42] Sobre el particular, la Corte ha dicho que: “[Si] bien el momento procesal ideal para pronunciarse sobre la inexistencia de cargos de inconstitucionalidad es la etapa en la que se decide sobre la admisibilidad de la demanda, por resultar más acorde con la garantía de la expectativa que tienen los ciudadanos de recibir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las disposiciones demandadas por ellos, esta decisión también puede adoptarse al momento de proferir un fallo, pues es en esta etapa procesal en la que la Corte analiza con mayor detenimiento y profundidad las acusaciones presentadas por los ciudadanos en las demandas de inconstitucionalidad”. Sentencia C-874 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias C-954 de 2007, C-623 de 2008, C-894 de 2009, C-055 de 2013 y C-281 de 2013. En esta última expresamente se expuso que: “Aun cuando en principio, es en el auto admisorio donde se define si la demanda cumple o no con los requisitos mínimos de procedibilidad, ese primer análisis responde a una valoración apenas sumaria de la acción, llevada a cabo únicamente por cuenta del magistrado ponente, razón por la cual, la misma no compromete ni define la competencia del pleno de la Corte, que es en quien reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley (CP art. 241-4-5).” M.P. Mauricio González Cuervo.

[43] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[44] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[45] Sentencia C-088 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

[46] *Ibíd.*

[47] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[48] *Ibíd.*

[49] *Ibíd.*

[50] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[51] Énfasis por fuera del texto original.

[52] Énfasis por fuera del texto original.

[53] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[54] Tal como previamente se transcribió norma en cita dispone que: “Artículo 146. La medición del consumo, y el precio en el contrato. La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario. // Cuando, sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según dispongan los contratos uniformes, con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario, o con base en los consumos promedios de suscriptores o usuarios que estén en circunstancias similares, o con base en aforos individuales. // Habrá también lugar a determinar el consumo de un período con base en los de períodos anteriores o en los de usuarios en circunstancias similares o en aforos individuales cuando se acredite la existencia de fugas imperceptibles de agua en el interior del inmueble. Las empresas están en la obligación de ayudar al usuario a detectar el sitio y la causa de las fugas. A partir de su detección el usuario tendrá un plazo de dos meses para remediarlas. Durante este tiempo la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis meses. Transcurrido este período la empresa cobrará el consumo medido. // La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio. La que tenga lugar por acción u

omisión del suscriptor o usuario, justificará la suspensión del servicio o la terminación del contrato, sin perjuicio de que la empresa determine el consumo en las formas a las que se refiere el inciso anterior. Se entenderá igualmente, que es omisión de la empresa la no colocación de medidores en un período superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario. // En cuanto al servicio de aseo, se aplican los principios anteriores, con las adaptaciones que exige la naturaleza del servicio y las reglas que esta ley contiene sobre falla del servicio; entendiéndose que el precio que se exija al usuario dependerá no sólo de los factores de costos que contemplen las fórmulas tarifarias sino en todo caso de la frecuencia con la que se le preste el servicio y del volumen de residuos que se recojan. // En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo. // 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 todo caso, las empresas tendrán un plazo a partir de la vigencia de la presente ley para elevar los niveles de macro y micromedición a un 95% del total de los usuarios, para lo cual deberán iniciar un plan, con un porcentaje mínimo de inversión, para la adquisición y financiación de los medidores a los estratos 1, 2, 3. // Parágrafo. La Comisión de Regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente ley, reglamentará los aspectos relativos a este artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta ley. (...). Énfasis por fuera del texto original.

[55] Véase, por ejemplo, la Sentencia C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[56] La norma en cita dispone que: “Artículo 74. Las empresas que se constituyan con posterioridad a la vigencia de esta Ley con el objeto de prestar el servicio público de electricidad y que hagan parte del sistema interconectado nacional no podrán tener más de una de las actividades relacionadas con el mismo con excepción de la comercialización que puede realizarse en forma combinada con una de las actividades de generación y distribución.” Una explicación integral sobre el funcionamiento del mercado de energía eléctrica en Colombia se puede consultar en la Sentencia C-587 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[57] Énfasis por fuera del texto original.

[58] M.P. Diana Fajardo Rivera.

[59] Folio 13 del cuaderno principal.

[60] La norma en cita dispone que: “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.”

[62] “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”.

[63] “Por la cual se modifica la Resolución CREG 122 de 2011 mediante la cual se regula el 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.”

[64] Folio 7 del cuaderno principal.

[65] Así, por ejemplo, en la Sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se expuso que: “Se debe señalar con claridad los grupos involucrados, el trato introducido por las normas demandadas que genera la vulneración del derecho a la igualdad y qué justifica dar un tratamiento distinto al contenido en las normas acusadas, toda vez que la realización de

la igualdad no le impone al legislador la obligación de otorgar a todos los sujetos el mismo tratamiento jurídico, ya que no todos se encuentran bajo situaciones fácticas similares ni gozan de las mismas condiciones o prerrogativas personales e institucionales”. Esta precedente ha sido reiterado recientemente en las Sentencias C-104 y 179 de 2016.

[66] “Las empresas comercializadoras de energía podrán actuar como agentes recaudadores del impuesto”

[67] Dispone la norma en cita: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. (...)”.

[68] Sobre la materia se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-774 de 2001, C-310 de 2002, C-004 de 2003, C-039 de 2003, C-1122 de 2004, C-469 de 2008, C-600 de 2010, C-283 de 2011, C-254A de 2012 y C-1017 de 2012.

[69] Sentencia C-489 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[70] Sentencia C-427 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[71] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[72] En la Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte distinguió la cosa juzgada relativa explícita de la cosa juzgada relativa implícita, en los siguientes términos: “[Es] [e]xplicita, cuando ‘la disposición es declarada exequible pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma puede ser nuevamente reexaminada en el futuro’, es decir, es la propia Corte quien en la parte resolutive de la sentencia limita el alcance de la cosa juzgada. [Por el contrario, es] [i]mplícita (...) cuando la Corte restringe en la parte motiva el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutive no se indique dicha limitación, ‘en tal evento, no existe en realidad una contradicción entre la parte resolutive y la argumentación sino una cosa juzgada relativa implícita, pues la Corte declara exequible la norma, pero bajo el entendido que sólo se ha analizado determinados cargos’.

[73] La norma en cita dispone que: “Artículo 46. Control integral y cosa juzgada constitucional. En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de

los preceptos de la Constitución”. En idénticos términos, el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 establece que: “La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del título II (...) // La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”.

[74] Sentencia C-478 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[75] En este punto, es preciso resaltar lo dispuesto en la parte final del artículo 243 de la Constitución, según el cual: “Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Énfasis por fuera del texto original.

[76] Como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este Tribunal, en virtud de la teoría de la constitución viviente, el juez constitucional tiene la obligación de tener cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles, a la luz de una nueva realidad, ya no lo sean.

[77] Así se destacó recientemente en la Sentencia C-112 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[78] M.P. Diana Fajardo Rivera

[79] Énfasis por fuera del texto original.

[80] Énfasis por fuera del texto original.

[81] Gaceta del Congreso 1155, p. 101.

[82] Gacetas del Congreso 1185, p. 123, y 1180, p. 123.