Sentencia C-504/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Incumplimiento de requisito

PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS-Función inherente a los fines del Estado Social de Derecho

Conforme lo ha destacado esta corporación, por su estrecha vinculación con la satisfacción de los derechos de las personas -como la vida y la salud-, el Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a la finalidad social del Estado, imponiéndole a éste la obligación correlativa de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (C.P. art. 365). Con ese objetivo, el propio Constituyente estableció los principios y lineamientos básicos que deben regir la prestación de los servicios públicos y delegó en el Legislador la facultad para fijar su régimen jurídico, en particular, el régimen aplicable a los servicios públicos domiciliarios.

SERVICIOS PUBLICOS-Características constitucionales

SERVICIOS PUBLICOS-Garantía de prestación eficiente por el Estado/SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Alcance de la garantía de prestación eficiente por el Estado

SERVICIOS PUBLICOS-Abandono del concepto de gratuidad

REGIMEN TARIFARIO DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Fijación por el legislador y determinación de entidades competentes

TRIBUTO-Clases

La Constitución admite la existencia de impuestos, tasas y contribuciones (especiales y parafiscales) que se distinguen en función de la especificidad del sujeto pasivo; la causación en función de la capacidad contributiva, la pertenencia a un sector, o la recepción de un

servicio o beneficio; y, la existencia, o inexistencia, de una contraprestación, servicio o beneficio directo para el contribuyente que la paga. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha fijado unos criterios que permiten diferenciar las contribuciones y establecer la tipología de los tributos. La jurisprudencia también ha permitido constatar que en cada caso particular se debe analizar a profundidad la naturaleza jurídica del tributo, por cuanto, la denominación legal no siempre corresponde con precisión al contenido material del tributo sometido a examen de constitucionalidad.

TRIBUTO-Elementos/TRIBUTO-Sujeto activo/TRIBUTO-Sujeto pasivo/TRIBUTO-Base gravable y tarifa/TRIBUTO-Hecho generador

CONTRIBUCION ESPECIAL AL CONSUMO DE ENERGIA-Elementos como impuesto de carácter nacional definidos por el legislador

CONTRIBUCION ESPECIAL AL CONSUMO DE ENERGIA-Naturaleza

RENTAS DE DESTINACION ESPECIFICA-Prohibición que se aplica exclusivamente a las rentas de naturaleza tributaria o impuestos de carácter nacional incluidos en el Presupuesto General de la Nación

GASTO PUBLICO SOCIAL-Importancia

GASTO PUBLICO SOCIAL-Limitación de ciertas erogaciones en beneficio de personas en situación de penuria/GASTO PUBLICO SOCIAL-Prioridad

PRINCIPIO DE RACIONALIZACION DEL GASTO PUBLICO-Objetivos

FONDO EMPRESARIAL DE LA SSPD-Patrimonio autónomo

FONDO EMPRESARIAL DE LA SSPD-Destinación de recursos

(…) el pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para garantizar la prestación del servicio

de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional, como es el caso de Electricaribe S.A. E.S.P., si bien es fundamental para salvar a dicha empresa, no es un gasto que tienda por sí mismo, al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO-Instrumentos o estrategias necesarios para consecución de metas y objetivos

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD-Límite a la actividad del legislador

Expediente: D-13622

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

Actor: Hugo Palacios Mejía.

Magistrado sustanciador:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D. C., tres (3) de diciembre dos mil veinte (2020)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 40.6 de la Constitución Política, y en armonía con lo dispuesto en los artículos 241.4 y 242 de la misma, el ciudadano Hugo Palacios Mejía demandó el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, por considerar que dicha disposición es contraria a la Constitución Política.

1. Mediante auto del 15 de enero de 2020, el Magistrado sustanciador (i) admitió la demanda; (ii) dispuso se corriera traslado al Procurador General de la Nación; (iii) que paralelo a ese término se fijara en lista el proceso para permitir la intervención ciudadana; (iv) ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, el Presidente del Congreso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Minas y Energía, para que, de considerarlo pertinente conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas acusadas; e (vi) invitó a participar a varias organizaciones y universidades del país1.

A. NORMA DEMANDADA

1. A continuación, se transcribe la norma demandada, resaltando y subrayando en negrilla el texto cuya inexequibilidad se solicita por el demandante:

“LEY 1955 DE 2019

(mayo 25)

D.O. 50.964, mayo 25 de 2019

por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

Artículo 313. Sobretasa por kilovatio hora consumido para fortalecer al fondo empresarial en el territorio nacional. A partir de la expedición de la presente ley y hasta el 31 de diciembre de 2022, créase una sobretasa nacional de cuatro pesos moneda legal colombiana ($4 COP) por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, que será recaudada por los comercializadores del servicio de energía eléctrica y girada al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sobretasa será destinada al pago de

las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional. El hecho generador será el kilovatio hora consumido, y los responsables del pago de esta sobretasa serán los usuarios de los estratos 4, 5 y 6, los usuarios comerciales e industriales y los no regulados del servicio de energía eléctrica. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reglamentará el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo.

El servicio de transporte masivo que se mueva con energía eléctrica estará excluido de la sobretasa de la que trata el presente artículo".

A. LA DEMANDA

1. Señala el demandante que la norma acusada vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 29, 89, 95.9, 338, 359 y 363 de la Constitución de 1991, y por consiguiente solicita se declare su inexequibilidad.

1. Primer cargo: La sobretasa del artículo demandado es un impuesto cuyo recaudo no se destina a uno de los propósitos para los cuales la Constitución permite crear "rentas de destinación específica" (artículos 359 e inciso 2 del artículo 338 de la Carta Política). Sobre el particular, manifestó el demandante que (i) por las características de la norma se crea un impuesto, no una sobretasa. Esto, en su opinión, obedece al hecho de que no se trata del precio que se paga por la electricidad que recibe el usuario, y debe ser pagado inclusive por usuarios que no reciben energía de las empresas en toma de posesión. Igualmente, consideró que (ii) corresponde al deber del Estado asegurar que se presten los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 superior); y (iii) la Nación y las entidades territoriales no están habilitadas sino excepcionalmente para ser prestadoras del servicio eléctrico en Colombia.

1. A continuación, afirmó que la sobretasa que crea el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 o Ley del PND no es una de las rentas nacionales para las cuales el artículo 359 superior, autoriza una destinación específica. De esta forma, considera que no se puede tratar como una "inversión social", en la medida que, el objetivo de la norma es la atención del servicio de deuda, el cual no se puede enmarcar en la definición de "gasto social" a la que se refiere el artículo 41 del Decreto 111 de 1996. Asimismo, no cumple las características de especificidad, ni el requisito de distribución territorial al que hace referencia el segundo inciso del artículo 350 de la Carta Política.

1. Con base en lo anterior, manifestó el demandante que el impuesto creado es inconstitucional por vulneración a lo dispuesto en los artículos 338 y 359 superior.

1. Segundo cargo: La sobretasa de la norma demandada viola los principios de igualdad, equidad, eficiencia y progresividad (artículos 13, 95.9 y 363 superior). Tras realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, afirmó el demandante que el artículo demandado: (i) no tiene una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable, al tener como objetivo financiar la improvisación y la morosidad. Asimismo, es un medio ilegítimo al advertir las diferencias entre los ingresos y capacidad económica en los estratos 4, 5 y 6. Asimismo, indicó que en (ii) tratándose de un servicio público esencial, existe un evento de doble tributación, contrario a la equidad, pues dicha tributación se da sobre el mismo consumo del servicio público esencial, a cargo de los mismos sujetos; y que (iii) se grava a la misma tarifa a usuarios diferentes por estratos y grupos de empresas comerciales e industriales, sin tener en cuenta el principio de progresividad. Concluyó este cargo señalando que el Estado dispone de otros medios constitucionales para asignar recursos, como créditos, traslados de presupuesto, recorte de gastos; y que la improvisación y la falta de diligencia no pueden remediarse sacrificando los principios de igualdad, equidad y progresividad de los tributos2.

1. Tercer cargo: El artículo demandado incurre en una omisión legislativa relativa y viola los principios de igualdad y legalidad al no establecer, en forma directa o por referencia, procedimientos eficaces para proteger los derechos de los comercializadores, y una definición cierta y directa del sujeto pasivo del impuesto que crea (artículos 13, 29, 89 y 338 de la Constitución). Sostuvo el ciudadano que (i) no existe un sentido natural y obvio, de uso general, que permita entender el sentido del concepto “usuario consumidor de electricidad”; (ii) la Ley 142 define “usuario” en una forma distinta a la Ley 143 de 1994; (iii) dichas definiciones son irreconciliables entre si, por cuanto, las contenidas en la mencionada Ley 142 de 1994 se basan en concepto de beneficio a una persona, con independencia de la razón por la que recibe el mismo; mientras que la definición de la Ley 143 de 1994 se basa en el título sobre el que es fundamental recibir el servicio prescindiendo de quién se beneficie; (iv) dichas definiciones deben ser leídas en el marco de cada una de las normas aplicables; y (v) la facultad reglamentaria otorgada por el legislador a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no permite subsanar la ausencia de regulación o remisión a un procedimiento eficaz para proteger los derechos de los consumidores y comercializadores, vulnerando de esta manera el derecho fundamental al debido proceso de los contribuyentes.

A. INTERVENCIONES

1. Durante el trámite del presente asunto se recibieron oportunamente3 dos escritos de intervención4. Los intervinientes solicitaron la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones acusadas. De forma extemporánea se recibieron dos solicitudes5.

1. Solicitud de exequibilidad. Los intervinientes que se pronunciaron de fondo sobre la demanda solicitaron a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma acusada. Los argumentos sobre los cuales sustentaron dicha solicitud se resumen en los siguientes párrafos.

1. Primero, señalaron los intervinientes que la norma acusada es constitucional, puesto que, la Constitución Política permite crear impuestos de destinación especifica. La "sobretasa por kilovatio hora consumido para fortalecer al Fondo Empresarial en el territorio nacional" se encuentra dentro de una de las excepciones previstas en el artículo 359 de la Constitución Política, debido a que, su destinación está encaminada a garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios cuya continuidad se encuentre en riesgo. Así mismo, la destinación mencionada está en armonía con los fines esenciales del Estado (artículo 2°, Constitución Política) y el deber del Estado de "asegurar" la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios "a todos los habitantes del territorio nacional" (artículo 365 Constitución Política). Por lo que, la sobretasa prevista en la norma acusada es una modalidad de inversión social, la cual se ajusta a la excepción contenida en el numeral 2° del mencionado artículo 359 superior.

1. Segundo, la tarifa de la sobretasa no vulnera los principios de igualdad, equidad y progresividad de los tributos porque "la carga económica del impuesto aumenta conforme incrementa el consumo de energía" y "los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 no son sujetos pasivos". Además, no existe una "doble tributación", dado que, el hecho gravable de la norma acusada es diferente al de la "contribución por solidaridad" prevista en el artículo 47 de la Ley 143 de 1994.

1. Tercero, la norma acusada no vulnera los principios de legalidad y debido proceso, en razón a que fueron definidos los elementos esenciales del tributo y el ordenamiento jurídico contempla un procedimiento para controvertir las inconformidades surgidas por parte de contribuyentes y comercializadores. Al respecto, manifestaron que el sujeto pasivo de la sobretasa se encuentra determinado, dado que la palabra "usuario" está definida en el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994 y en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994. Finalmente, indicaron que la sobretasa por kilovatio hora consumido a la que hace referencia la norma demandada está incluida en la factura del servicio público domiciliario de energía eléctrica y, por ende, el procedimiento que debe seguir el contribuyente para discutir su contenido está dispuesto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994. Por lo anterior, no se puede predicar una omisión legislativa relativa, y la norma demandada se ajusta a los mandatos constitucionales.

A. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

1. Mediante el concepto No. 6717 del 6 de marzo de 2020, el Procurador General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad de la norma demandada. Los argumentos sobre los cuales sustentó dicha solicitud se resumen a continuación.

1. Sobre el primer cargo. Al respecto, manifestó que la norma acusada establece un impuesto, y no, una tasa. En ese sentido, señaló que el impuesto mencionado "se encuentra entre las excepciones a las rentas nacionales de destinación específica, porque su recaudo está dirigido a la inversión social", en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 365 de la Constitución Política.

1. Sobre el segundo cargo. Consideró que la sobretasa no impone una carga excesiva ni desproporcionada, en la medida en que "imparte un trato diferente entre sujetos desiguales" teniendo en cuenta el consumo de energía eléctrica de los sujetos pasivos. Asimismo, indicó que no existe una "doble tributación" respecto a la "contribución por solidaridad", puesto que, el hecho generador de esta es ser usuario del servicio público de energía y su finalidad es "la redistribución del ingreso, inherente a los servicios públicos domiciliarios, en beneficio de los estratos 1, 2 y 3 independientemente de la empresa que preste el servicio". En cambio, el hecho gravable de la norma acusada es el kilovatio hora consumido y, su objeto es "salvaguardar la prestación del servicio de energía eléctrica por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios en toma de posesión, en vigencia del precepto impugnado".

1. Sobre el tercer cargo. En cuanto al presente cargo, sustentó, con base en las sentencias C-822 de 2011, C-459 de 2013 y C-278 de 2019, que "no se violan los principios de legalidad y certeza del tributo cuando uno de los elementos del mismo no está determinado expresamente en la norma, pero es determinable a partir de ella". Por ende, indicó que el sujeto pasivo del tributo es el mismo al que se refiere el término "usuario" en las Leyes 142 y 143 de 1994, así como también, está directamente relacionado con los usuarios del servicio público de energía eléctrica. Por otro lado, frente a la omisión legal de fijar el procedimiento judicial para proteger los derechos de los usuarios y de los comercializadores del servicio, manifestó que el valor del impuesto es un cobro incluido dentro de la factura, por lo que, debe someterse al procedimiento general establecido en la Ley 142 de 1994.

1. En suma, los escritos de intervención y las solicitudes presentadas a la Corte oportunamente en relación con la presente demanda se resumen así:

Interviniente

Concepto

Solicitud

Procurador General de la Nación

Manifestó que (i) la norma demandada se encuentra entre las excepciones de rentas nacionales de destinación específica, puesto que, el propósito de garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica se concreta a través de la inversión social, dado que contribuye al mejoramiento de la calidad de vida de la población, el bienestar general y satisfacción de necesidades básicas insatisfechas. (ii) La disposición censurada no incurre en doble tributación por cuanto los hechos generadores o gravables y la destinación, de ambas contribuciones, son diferentes. (iii) Finalmente, sostuvo que no se configura una omisión legislativa relativa porque los sujetos pasivos del tributo son determinables, y los usuarios del servicio y comercializadores del mismo cuentan con la posibilidad de controvertir las decisiones referentes a la facturación del servicio prestado, conforme a lo previsto en la Ley 142 de 1994.

Exequible

Ministerio de Minas y Energía, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Departamento Administrativo de la Presidencia

Expresaron que (i) los servicios públicos domiciliarios son inherentes a la finalidad social del Estado. Por ende, el recaudo de la sobretasa, establecido en la norma demandada, se destina a una modalidad de inversión social, en la medida de que existe una estrecha relación de los servicios públicos domiciliarios con la realización de los fines del Estado Social de Derecho. (ii) La destinación específica del tributo del artículo acusado tiene como objeto el pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la SSPD y, constituye un gasto público social, en tanto, le permite a dicho Fondo obtener los recursos indispensables para garantizar la efectiva prestación del servicio público de energía -servicio público domiciliario esencial-. (iii) La medida supera el test de igualdad leve6. (iv) Se cumple con el principio de progresividad en la sobretasa, debido a que, la carga tributaria aumenta conforme aumenta el consumo de energía eléctrica y, la población más vulnerable fue excluida del pago de la sobretasa. (v) No existe una doble tributación, debido a que, el hecho generador establecido en la norma demandada es diferente al de la “contribución por solidaridad”. Además, la norma acusada (vi) no incurre en omisión legislativa, ni vulnera los principios de igualdad y legalidad, pues define de forma cierta y directa el sujeto pasivo del impuesto. Finalmente, (vii) la sobretasa está incluida en la factura y, con base en los principios de efecto útil de las normas y conservación del derecho, se debe aplicar el procedimiento dispuesto en la Ley 142 de 1994 para discutir las inconformidades respecto de su contenido.

Exequible

(i) La mera constatación de que un impuesto tiene destinación específica, no lo hace contrario a la Constitución Política. En ese sentido, mencionó que (ii) la destinación de la sobretasa sí corresponde a inversión social en los términos del artículo 41 del Decreto 111 de 1996, debido a que, será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la SSPD para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas en toma de posesión en el territorio nacional. Esta destinación se encuentra en línea con el artículo 365 de la Constitución Política y entre las excepciones de que trata el numeral 2 del mencionado artículo. Por último, (iii) no se presenta una vulneración del principio de certeza tributaria porque la norma acusada señala el sujeto pasivo de la sobretasa y, aplicando el artículo 28 del Código Civil7, el término "usuario" está debidamente definido en el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 11 de la Ley 143 de 1994.

Exequible

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia.

A. CUESTIONES PREVIAS

1. La Sala Plena de esta Corte es competente para analizar la procedibilidad de la demanda de inconstitucionalidad. En sentencia C-623 de 2008, la Corte precisó que "[a]un 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"8.

1. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 dispone que la demanda debe contener: (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, trascribiéndolas literalmente

por cualquier medio o aportando un ejemplar de la publicación oficial; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales infringidas; (iii) las razones que sustentan la acusación, comúnmente denominadas concepto de violación; (iv) el señalamiento del trámite legislativo impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado, cuando fuere el caso, y (v) la razón por la cual la Corte es competente.

1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el concepto de la violación se formula debidamente cuando (i) se identifican las normas constitucionales vulneradas; (ii) se expone el contenido normativo de las disposiciones acusadas –lo cual implica señalar aquellos elementos materiales que se estiman violados–; y (iii) se expresan las razones por las cuales los textos demandados violan la Constitución.

1. Como lo señaló esta Corte en la sentencia C-1052 de 2001, toda demanda de inconstitucionalidad debe, como mínimo, fundarse en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. A partir de dicha sentencia, la Corte Constitucional ha reiterado, de manera uniforme, que las razones de inconstitucionalidad deben ser "(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes; esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada"9.

1. En consecuencia, esta Sala pasará a estudiar si los cargos propuestos por la demanda cumplen con los requisitos mencionados en el numeral 24 anterior.

Caso concreto: Aptitud sustantiva de la demanda

1. El primer y segundo cargo formulados por el demandante, se presentan aptos y la Sala Plena emprenderá su análisis de fondo. Considera la Corte que los cargos formulados por el accionante, referentes a la violación al artículo 359 superior (primer cargo), así como a una potencial violación de los principios de igualdad, equidad, eficiencia y progresividad (arts. 13, 95.9 y 362 superior) (segundo cargo) son: (i) claros, debido a que es plausible derivar un hilo conductor para determinar si la disposición cuestionada vulnera los preceptos constitucionales señalados. Además, (ii) son ciertos, por cuanto los argumentos que fundamentan las acusaciones recaen sobre una proposición jurídica real y existente.

Asimismo, (iii) se sustentan en afirmaciones concretas y determinadas que obedecen a razones de naturaleza constitucional, por lo cual los argumentos expuestos para sustentar estos cargos son específicos y pertinentes.

1. En suma, (iv) dado que los argumentos que sustentan el primer y segundo cargo constituyen una interpretación razonable y atribuible al texto demandado y plantean un problema de constitucionalidad por el presunto desconocimiento de las normas del texto superior que se señalan, la Sala concluye que satisfacen las exigencias de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, y por consiguiente emprenderá el estudio de fondo respecto del primer y segundo cargo o reproche de constitucionalidad.

1. El tercer cargo formulado por el demandante, relacionado con una omisión legislativa relativa, no satisface los requisitos jurisprudenciales para su admisión y la Corte se inhibirá de pronunciarse por falta de aptitud del cargo. La Corte ha admitido la posibilidad excepcional de una violación de la Carta Política por omisiones del Legislador. Para el efecto, la Corte ha reiterado en su jurisprudencia cinco elementos principales que deben presentarse en un cargo por omisión legislativa relativa a saber: "(a) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que (i) excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o (ii) que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo; (b) que exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido, por los casos excluidos o por la no inclusión del elemento o ingrediente normativo del que carece la norma; (c) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (d) que en los casos de exclusión, la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma"10.

1. En este caso, observa la Sala que el demandante cumplió con el presupuesto de claridad al señalar que el Legislador debió incluir una definición cierta y directa del sujeto pasivo del impuesto, así como reglas de procedimiento para que los contribuyentes y los comercializadores dispongan de un debido proceso que les permita proteger sus derechos individuales y controvertir los actos administrativos en los que se les exijan las obligaciones que el artículo 313 les impone. Sobre este aspecto, manifestó el accionante que no existe un régimen legal adecuado y eficaz para ello, y la facultad reglamentaria no permite subsanar la omisión. Así, es clara la demanda en señalar que el Legislador omitió los deberes que imponen los artículos 29, 89 y 338 de la Constitución, a través de un hilo conductor coherente que permite entender el alcance de la censura.

1. A pesar de la claridad de la censura la Sala Plena advierte que, revisados todos los argumentos presentados por el ciudadano, no concurren los demás requisitos necesarios para la formulación de un cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, por

las razones que se exponen a continuación.

1. En primer lugar, el accionante reprocha que el Legislador haya omitido la inclusión en la norma demandada (i) el concepto de sujetos pasivos; (ii) el procedimiento para controvertir el impuesto; y en consecuencia no indica los límites de la facultad reglamentaria. El desarrollo de la argumentación no es suficiente para demostrar, como los conceptos mencionados no se pueden derivar de (i) una lectura de la disposición demandada; y (ii) de otras disposiciones del ordenamiento jurídico. En este caso, el actor reconoce algunas disposiciones y expone las razones por las cuales en la práctica resultarían inaplicables, argumentos que resultan impertinentes al no obedecer a reproches de constitucionalidad.

1. Lo anterior, aunado al hecho que, (i) el sujeto pasivo se encuentra definido en la norma, y no se logra evidenciar un reproche relacionado con una violación a un mandato expreso al Legislador. Por el contrario, se hace referencia en la demanda a unos principios que regulan la potestad de configuración, sin que se desarrollen en la demanda argumentos que permitan identificar el deber específico. Y (ii) la naturaleza de los reproches relacionados con el procedimiento, no tienen en cuenta que en el ordenamiento jurídico existen reglas generales en materia procesal, previstas con la finalidad de regular la actividad de los procesos en los aspectos que no están expresamente definidos en otras leyes.

1. En segundo lugar, el cargo formulado incumplió el requisito de especificidad y pertinencia. Las intervenciones como el concepto del Ministerio Público dan cuenta de la lectura sistemática de la Ley 142 y 143 de 1994, por lo que, extraña la Sala Plena en la demanda una argumentación que permita entender porqué las disposiciones constitucionales invocadas contiene el mandato que fija la demanda, según el cual a partir de las mismas se deriva la obligación de prever un sujeto pasivo determinado, o un procedimiento jurisdiccional específico. Por ende, destaca la Sala que no se encontraron argumentos de oposición objetivos entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, y que las razones de índole práctica señaladas en la demanda sólo son suposiciones u opiniones personales11 sobre los potenciales efectos de la aplicación de la norma, y que no presentan reproches de índole constitucional.

1. Por último, ante los vacíos señalados en la argumentación correspondiente al tercer cargo se comprobó la insuficiencia de la censura, al no acreditarse los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la formulación del cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa. Por consiguiente, se inhibirá de pronunciarse respecto de este tercer cargo.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si (i) ¿el Legislador desconoció la prohibición de creación de rentas nacionales de destinación específica (artículo 359 superior) al regular la sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido de que trata el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019, como una renta nacional con destinación específica que no tiene por destino la inversión social?; y (ii) ¿el Legislador desconoció los principios de igualdad, equidad, eficiencia y progresividad tributaria (artículos 13, 95.9 y 363 de la Constitución Política) al prever en el artículo 313 una sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido adicional, respecto de aquellos contribuyentes que también pagan la contribución por solidaridad, y desconociendo la capacidad contributiva de dichos contribuyentes?

1. Para resolver los problemas jurídicos mencionados, la Sala procederá respecto del primer problema jurídico a (i) realizar una breve aproximación a la prestación de los servicios públicos domiciliarios y a la determinación de la tarifa para garantizar su eficiente prestación. A renglón seguido, procederá a definir (ii) los elementos de la tipología de los tributos. Con fundamento en lo anterior, se procederá a analizar el caso concreto. Resuelto este primer problema jurídico, si es del caso este tribunal procederá a analizar el segundo reproche de constitucionalidad, para lo cual (iii) reiterará el alcance de los principios de igualdad, equidad, eficiencia y progresividad; y con fundamento en estos elementos, se procederá a analizar el segundo problema jurídico formulado.

A. BREVE APROXIMACIÓN A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, Y A LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA PARA GARANTIZAR SU EFICIENTE PRESTACIÓN. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1. La prestación de los servicios públicos es una función inherente a la finalidad social del Estado. Reiteración de jurisprudencia. Conforme lo ha destacado esta corporación, por su estrecha vinculación con la satisfacción de los derechos de las personas -como la vida y la salud-, el Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a la finalidad social del Estado, imponiéndole a éste la obligación correlativa de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (C.P. art. 365)12. Con ese objetivo, el propio Constituyente estableció los principios y lineamientos básicos que deben regir la prestación de los servicios públicos y delegó en el Legislador la facultad para fijar su régimen jurídico, en particular, el régimen aplicable a los servicios públicos domiciliarios.

1. En cuanto a los lineamientos constitucionales que orientan la prestación de los servicios públicos, la Corte ha señalado que los mismos se concretan en las siguientes características13: “(i) tienen una connotación eminentemente social en la medida en que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas (C.P. art. 366);

(ii) constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público (C.P. art. 365); (iii) el objetivo fundamental de su actividad es la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable (C.P: art. 366); (iv) pueden ser prestados por el Estado -directa o indirectamente-, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo el primero la regulación, el control y la vigilancia (C.P. art. 365); (v) por razones de soberanía o de interés social, el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad (C.P. art. 365); y, (vi) su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales (C.P. art. 367)".

1. El Estado debe garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, completa y atendiendo las necesidades básicas de la población. Como se precisará a continuación, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el deber de garantizar la prestación eficiente de dichos servicios se acompaña de la posibilidad amparada por la Constitución Política que las empresas prestadoras de servicios públicos recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con eficiencia y competitividad (artículo 333 superior), lo cual se traduce en una mejor prestación del servicio público.

1. Al respecto, "el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (art. 367) y ha surgido, en cabeza de los particulares, la obligación de contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (arts. 95, 367, 368 y 369 C.P.). Para determinar los costos del servicio hay que tener en cuenta una serie de factores que incluyen no sólo el valor del consumo de cada usuario sino también los aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente. Precisamente con tal fin la Constitución prevé que sea la ley la que fije no sólo las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, sino el régimen tarifario, en el cual se tendrán en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos"14 (negrillas fuera de texto original).

1. En este sentido, el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 dispone que bajo el contrato de servicios públicos surgen dos obligaciones (i) la prestación del servicio al usuario, por parte de la empresa; y (ii) el pago en dinero del precio o tarifa por parte del usuario a dicha empresa. Profundizando en lo anterior, la Ley 142 de 1994 dispone que las comisiones de regulación son las llamadas a establecer las tarifas15, de acuerdo con las previsiones que allí se consagran y respetando los principios que en la materia definió la Constitución. No obstante y con el fin de hacer efectivo el principio de solidaridad, se prevé la posibilidad de que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas concedan subsidios en sus respectivos presupuestos, o se creen contribuciones por solidaridad, con el propósito de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios.

1. Teniendo en cuenta lo anterior, es dado concluir que en relación con los servicios públicos domiciliarios no se encuentra en la Constitución ninguna indicación precisa sobre la forma de hacer el reparto de los costos y beneficios derivados de los mismos entre los usuarios (C.P. art. 338) ni sobre el criterio concreto de solidaridad y redistribución de ingresos que debe reflejarse, junto con los costos, en el respectivo régimen tarifario (C.P. art. 367). Estos elementos deben ser definidos por el Legislador, "en atención a la connotación fiscal de la tarifa y al componente de carga tributaria – que excede el concepto de pago del precio de un servicio – que se expresa en el factor adicional que se cobra a los usuarios de los estratos altos"16.

A. LAS CONTRIBUCIONES FISCALES, SUS CLASES. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1. En cuanto a las intervenciones recibidas por la Corte en este expediente, y los cuestionamientos planteados expresamente por el demandante (ver supra, numerales 5 y 7) se constata que parte del debate gira entorno a la naturaleza jurídica de la sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido establecida en el artículo 313 demandado. Para lo cual la Corte considera de relevancia retomar el concepto de contribución fiscal y la tipología de los tributos que pueden existir en el marco del orden constitucional y legal.

1. La Constitución admite la existencia de impuestos, tasas y contribuciones (especiales y parafiscales) que se distinguen en función de la especificidad del sujeto pasivo; la causación en función de la capacidad contributiva, la pertenencia a un sector, o la recepción de un servicio o beneficio; y, la existencia, o inexistencia, de una contraprestación, servicio o beneficio directo para el contribuyente que la paga. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha fijado unos criterios que permiten diferenciar las contribuciones y establecer la tipología de los tributos. La jurisprudencia también ha permitido constatar que en cada caso particular se debe analizar a profundidad la naturaleza jurídica del tributo, por cuanto, la denominación legal no siempre corresponde con precisión al contenido material del tributo sometido a examen de constitucionalidad. En este orden de ideas, a continuación se resumen los elementos de los tributos17:

Impuesto

(i) Prestación de naturaleza unilateral, por lo cual el contribuyente no recibe ninguna contraprestación por parte del Estado;

(ii) Hecho generador que lo sustenta, que observa la capacidad económica del contribuyente, como valoración del principio de justicia y equidad, sin que por ello pierda su vocación de carácter general;

(iii) Al ser de carácter general, se cobran sin distinción a todo ciudadano que realice el hecho generador;

(iv) Su pago no es opcional ni discrecional, lo que se traduce en la posibilidad de forzar su cumplimiento a través de la jurisdicción coactiva;

(v) En cuanto se recaude, conforme al principio de unidad de caja, el Estado puede disponer de dichos recursos de acuerdo con lo previsto en los planes y presupuestos nacionales, por lo cual la disposición del recurso se hace con base en prioridades distintas a las del contribuyente; y

(vi) No guarda una relación directa e inmediata con un beneficio específico derivado para el contribuyente.

Tasa

(i) El hecho generador se basa en la prestación de un servicio público, o en un beneficio particular al contribuyente, por lo cual es un beneficio individualizable;

(ii) Tiene una naturaleza retributiva, por cuanto, las personas que utilizan el servicio público, deben pagar por él, compensando el gasto en que ha incurrido el Estado para prestar dicho servicio; y

(iii) Se cobran cuando el contribuyente provoca la prestación del servicio público divisible, siendo el cobro de forma general proporcional, aunque en ciertos casos admite criterios distributivos.

Contribución Especial

(i) La compensación atribuible a una persona, por el beneficio directo que se obtiene como consecuencia de un servicio u obra realizado por una entidad pública;

(ii) Manifiesta externalidades, al generar un beneficio directo en bienes o actividades económicas del contribuyente; y

(iii) Se cobran para evitar un indebido aprovechamiento de externalidades positivas patrimoniales, que se traducen en el beneficio o incremento del valor o de los bienes del sujeto pasivo, o en un beneficio potencial como por ejemplo, seguridad.

A. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO. LA DISPOSICIÓN DEMANDADA VULNERA LA PROHIBICIÓN DE RENTAS CON DESTINACIÓN ESPECÍFICA A LA QUE HACE REFERENCIA EL ARTÍCULO 359 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

1. Reiteración de jurisprudencia respecto de la necesidad de definir la naturaleza del tributo en cada caso concreto, para efectos de emprender el análisis constitucional. Con el objetivo de analizar el primer cargo formulado por el demandante, le corresponde a la Sala Plena, en

primer lugar, definir la naturaleza del tributo correspondiente a la denominada sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido que se creó en el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019. Para estos efectos, se reitera “que no siempre una denominación legal corresponde con exactitud al contenido material de las figuras que contempla una ley sometida a examen de constitucionalidad”18. Así, con independencia de la denominación empleada por el Legislador para un tributo en particular, la Corte está obligada a revisar la constitucionalidad de las disposiciones que lo establecen “no solo por su forma sino por su materia”19.

1. Por lo anterior, le corresponde a la Corte analizar: (i) si la sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido corresponde o no al precio unitario mensual de consumo y disfrute del servicio de energía que paga el usuario; (ii) de no serlo, se debe proceder a definir la naturaleza jurídica de la sobretasa por kilovatio hora consumido objeto de control en la norma demandada. Lo anterior, permitirá a la Corte definir el mandato constitucional aplicable y así emprender el análisis respecto del reproche constitucional formulado por el accionante.

1. La sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, establecida en la norma demandada, no corresponde al precio de consumo y disfrute del servicio de energía. Es de recordar que cada usuario del servicio público de energía eléctrica debe pagar una tarifa que corresponde al precio unitario mensual de consumo y disfrute del servicio (ver supra, numerales 39 a 42). El precio por cada kilovatio hora consumido resulta de sumar los costos en los que incurren las empresas prestadoras del servicio de energía20. Dichos kilovatios hora consumidos se multiplican por el costo unitario (CU)21 de cada kilovatio.

1. Adicionalmente, algunos impuestos, tasas o contribuciones incrementan el valor de la tarifa de energía, los cuales se incluyen por disposiciones nacionales o departamentales, para que sean recaudados y girados por las empresas prestadoras a quien corresponda. A manera de ejemplo, se identifican a continuación algunos de los grávamenes existentes que están dentro de los componentes de la tarifa22:

Componente

Tributo

Generación

Ley 99 de 1993 -Transferencias ambientales

FAZNI -Fondo de Apoyo a Zonas No Interconectadas (art. 82 de la Ley 633 de 2000)

Transmisión

FAER -Apoyo Electrificación Rural (art. 105 de la Ley 788 de 2002)

PRONE -Normalización de Redes (Ley 1117 de 2006)

FOES -Fondo de Energía Social (Decreto 111 de 2012)

Plan Nacional de Desarrollo

Sobretasa estratos 4, 5 y 6, industriales y comerciales (art. 313 de la Ley 1955 de 2019)

Contribución adicional al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 314 de la Ley 1955 de 2019)

1. De esta forma, es claro que la tarifa o costo por kilovatio hora consumido, por una parte, remunera el costo y los gastos de inversión del prestador del servicio público de energía (artículos 90 a 96 de la Ley 142 de 1994); y por otra parte, incluye componentes adicionales, como es el caso de la sobretasa por kilovatio hora consumido prevista en la disposición demandada. De esta manera, resulta posible concluir que el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 regula un componente adicional a la tarifa que no corresponde a la remuneración o el precio unitario pagado por el usuario final. Lo anterior, por cuanto dicha sobretasa no busca recuperar los costos e inversiones en los que incurra el prestador del servicio público de energía, ni se paga por dicho servicio.

1. El artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 establece (i) una renta nacional, (ii) del tipo de los impuestos, y (iii) con destinación específica. Visto lo anterior, es importante diferenciar entre (i) el componente de la tarifa referido al precio unitario (ver supra, numeral 49), el cual no tiene una finalidad tributaria sino técnica y operativa23; y (ii) el componente adicional de la tarifa, al que corresponde la norma demandada. Al respecto, la Sala Plena constata que este último corresponde en su naturaleza jurídica a un impuesto con destinación específica, tal como lo asume el demandante en su primer cargo y fue apoyado por varios de los intervinientes, pues se trata de una “imposición obligatoria y definitiva que no guarda relación directa e inmediata con la prestación de un bien o un servicio por parte del Estado al ciudadano”24.

1. El tributo que regula la disposición demandada tiene las siguientes características:

ELEMENTOS DEL TRIBUTO ESTABLECIDO EN EL ART 313 DEL PND

Sujeto activo

Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Sujeto pasivo

Usuarios del servicio de energía eléctrica de los estratos 4, 5, 6, los usuarios industriales y comerciales y los usuarios no regulados

Agente recaudador

Empresas de servicios públicos domiciliarios, como comercializadores de energía pues tienen los deberes jurídicos de recaudar, declarar y pagar la sobretasa

Hecho generador

Consumo de al menos un kilovatio de energía eléctrica

Base gravable

Cantidad de kilovatios hora de energía eléctrica consumidos

Tarifa

4 pesos por kilovatio hora de energía eléctrica consumido

1. Teniendo en cuenta lo anterior, es dado afirmar que este componente adicional de la tarifa en el servicio público de energía es un impuesto con destinación específica25 (ver supra, numeral 44), por cuanto:

i. La sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, establecida en la norma demandada, no corresponde al precio de consumo y disfrute del servicio de energía, por cuanto, no busca recuperar los costos e inversiones divisibles en los que incurra el prestador del servicio público domiciliario de distribución de energía eléctrica, ni se paga por dicho servicio. En otras palabras, el hecho gravable no está vinculado a la actividad del prestador.

i. Se trata de una prestación de naturaleza unilateral, por lo cual su pago no es opcional ni discrecional para el contribuyente.

i. El contribuyente no recibe ninguna contraprestación o beneficio adicional por parte del Estado que sea individual, proporcional y directa.

i. El hecho generador que sustenta el tributo observa la capacidad económica del contribuyente como valoración del principio de justicia y equidad, sin que por ello pierda su vocación de carácter general.

1. Respecto del requisito referente a la generalidad del impuesto “no consiste en que todas las personas residentes en el territorio o la totalidad de los ciudadanos deban estar obligados a su pago. Su sentido cabal radica en que el tributo se establezca respecto de todos aquellos que se encuentran bajo supuestos iguales”26. Sostener lo contrario, conllevaría a imponer una limitación al Legislador para seleccionar, en su amplia potestad de configuración, quiénes deben estar obligados a tributar y, en consecuencia, bastaría ser persona para pagar toda clase de gravámenes, sin consideración a principios como la proporcionalidad, razonabilidad y la equidad en el reparto de las cargas públicas.

1. Por lo anterior, es claro que se trata de una renta nacional, impuesto de destinación específica. Definido este particular, le corresponde a la Sala Plena examinar si el Legislador desconoció el artículo 359 de la Constitución Política al crear el mencionado impuesto. En especial, por cuanto en opinión del accionante (ver supra, numerales 5 y 7), no se cumple con la excepción a la prohibición de rentas nacionales de destinación específica, relacionadas con las “destinadas para inversión social” a la que hace referencia el numeral 2° del mencionado artículo 359. Por el contrario, los intervinientes y el Ministerio Público, aducen que los gastos que se cubren con el impuesto, tienen el carácter de inversión social y, por tanto, la norma acusada se ajusta a la excepción antes mencionada.

1. La excepcionalidad de las rentas nacionales de destinación específica. El sistema tributario colombiano, especialmente regido por el artículo 338 Constitucional, admite excepcionalmente la creación de ingresos o rentas tributarias que por su naturaleza misma conllevan la característica de ser de destinación específica. Entre estas se cuentan no solo las contribuciones especiales, sino además las tasas, las contribuciones parafiscales y los cobros destinados a fondos especiales. La posibilidad de crear este tipo de rentas obliga a realizar interpretaciones sistemáticas de la Constitución que permitan la convivencia de normas que en principio parecerían contrapuestas, como la prohibición de rentas de destinación específica del artículo 359 Constitucional, permitiendo al Legislador su establecimiento al reconocer que la limitación constitucional de este tipo de rentas se predica exclusivamente de los impuestos y no de otro tipo de tributos27.

1. La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha considerado que sólo por vía excepcional, siempre que se den los supuestos taxativamente señalados en el artículo 359 superior, le es dado al Legislador establecer una renta nacional de destinación específica28. Justamente, esta prohibición constitucional reivindica las funciones que está llamado a cumplir el presupuesto general de la nación, como instrumento decisivo de la política fiscal que aprueba año a año el Congreso, al cual se le confía la eficiente y justa asignación de los recursos y el desarrollo económico.

1. Al respecto, en las gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente, se da cuenta del

crecimiento de las rentas de destinación específica, y como ello había implicado una drástica disminución de la base para liquidar el situado fiscal, lo que deterioraba a su vez los ingresos de las entidades territoriales con los cuales se financian los gastos de salud y educación, entre otros29. En el mismo sentido, este tribunal en su sentencia C-130 de 2018 señaló que la prohibición de creación de rentas de destinación específica tiene como objetivo proteger las rentas que se van a distribuir a las entidades territoriales mediante la descentralización fiscal a través del sistema general de participaciones y los ingresos corrientes de la Nación.

1. Es claro que el cumplimiento de los fines del Estado, y en particular del Estado Social de Derecho, está determinado por los ingresos que pueda generar y por el gasto público que pueda ser ejecutado a partir de ellos. En otras palabras, llevar a la práctica la parte dogmática de la Constitución de 1991 supone que en la parte orgánica funcionen adecuadamente los instrumentos de la hacienda pública, ingresos, gastos, planeación y presupuesto. Lo anterior, se torna de la mayor relevancia en el ejercicio democrático, por cuanto, el proceso presupuestal -salvo las excepciones previstas en la Constitución- no puede estar obstaculizado con mecanismos de preasignación de rentas nacionales a determinados fines30. De permitirse, se afectaría ostensiblemente la necesaria flexibilidad en el manejo de las finanzas públicas31, y por consiguiente, un menoscabo en el ejercicio de discusión, aprobación y ejecución del presupuesto. Dicha afectación conlleva la creación de una inflexibilidad del presupuesto; además, no permite la debida planificación del gasto y su adecuado control, para satisfacer las necesidades que se estimen necesarias en cada ejercicio anual32.

1. En adición a las afectaciones señaladas en el marco del proceso de deliberación democrática, la prohibición constitucional de las rentas nacionales de destinación específica, busca también maximizar el instrumento del presupuesto como herramienta de cumplimiento del plan nacional de desarrollo. Esto es así, por cuanto se tornaría en extremo difícil garantizar dicho cumplimiento, si una porción sustancial de los ingresos queda inexorablemente atada a los destinos fijados por las leyes preexistentes, creadoras de rentas de destinación específica que limitan por definición el principio de unidad de caja33 e impiden la utilización del principio de la universalidad, el cual supone que el presupuesto contemple todos los gastos e inversiones nacionales a realizar durante la anualidad.

1. Conviene entonces precisar que a las rentas de destinación específica se les ha denominado rentas atadas, “y consisten en la técnica presupuestal de asignar una determinada renta recibida por una carga impositiva para la financiación de una actividad gubernamental previamente establecida en la ley de presupuesto”34. Tienen entonces tanto un origen como un fin conocido, a diferencia de los demás recursos del presupuesto general de la Nación, en que sí se sabe el origen de su captación, pero no tienen un fin determinado porque el presupuesto en la forma en que lo concibe la Constitución, es de carácter técnico, general, impersonal, universal y abstracto.

1. El artículo 313 demandando vulnera la prohibición de creación de rentas de destinación específica, al no enmarcarse en la excepción prevista en el numeral 2 del artículo 359 superior, correspondiente a “inversión social”. Es de resaltar que la “destinación específica” de la renta nacional, como se señaló en este caso, se trata de una eventual “inversión social”, y este tipo de gasto, en los términos de los artículos 334, 350 y 366 de la Constitución, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. La constitucionalización del gasto público social cumple una función política de naturaleza social y juega un papel redistributivo, puesto que el mencionado artículo 350 ordena destinar una parte especial del gasto a la solución de los problemas más urgentes de las personas con mayores necesidades. Esta orientación se sigue en el artículo 41 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, en el cual se establecen los objetivos específicos del gasto público en los siguientes términos:

“Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión. El presupuesto de inversión social no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto con el gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones (…)”.

1. Para dar mayor contexto al concepto de “inversión social”, se debe recordar que recientemente la Corte, en la sentencia C-221 de 2019 señaló que la Constitución no define qué tipo de gastos integran el “gasto público social”. Sin embargo, es posible concluir que “se trata de aquel que desarrolla o permite realizar los fines sociales del Estado (art. 1º superior). Dichos fines se concretan en la consecución del bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población, la distribución equitativa de las oportunidades, la participación en los beneficios del desarrollo y el disfrute de un ambiente sano”35.

1. En el mismo sentido, la sentencia C-590 de 1992 definió la inversión social como todos los gastos incluidos dentro del presupuesto de inversión, que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas y las partidas incorporadas al presupuesto de gastos para la realización de aquellas obras que por su importancia y contenido social, le reportan un beneficio general a la población. Asimismo, en la sentencia C-734 de 2002, la Corte manifestó que “no resulta de un ejercicio semántico” pues “no siempre es fácil distinguir dentro del género gasto social, lo que tiene que ver con la inversión y lo que concierne al funcionamiento”, es decir, la inversión social es una especie que pertenece al género del gasto social”. Igualmente, en los términos del artículo 350 de la Constitución, el cual se integra al parámetro de control constitucional, el “gasto público social” puede corresponder a “funcionamiento” o a

“inversión”36. Igualmente, en la sentencia C-221 de 2019 este tribunal indicó que la prohibición del numeral 2° del artículo 359 superior se refiere a aquellos gastos, de la especie “social”, que pueden catalogarse como “inversión” y no, por ejemplo “funcionamiento”.

1. En suma, destaca la Corte que el “gasto público social” tiene connotaciones importantes en el régimen constitucional colombiano, a saber:

i. En primer lugar, es la principal herramienta para llevar a la práctica la parte dogmática de la Constitución, como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. A nivel internacional, es un compromiso derivado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual establece que: “Cada uno de los Estados Partes (…) se compromete a adoptar medidas (…) hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, (…) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (PIDESC, Artículo 2).

i. En segundo lugar, en los planes y presupuestos tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, en los términos de los artículos 334, 350 y 366 de la Constitución.

i. En tercer lugar, debe ser definido por el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

i. En cuarto lugar, por mandato de la misma norma orgánica, el presupuesto de inversión social no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto del gasto total en la correspondiente ley de apropiaciones.

i. En quinto lugar, su distribución territorial debe tener en cuenta, entre otros factores, el número de personas con necesidades básicas insatisfechas.

i. Y en sexto lugar, sólo excepcionalmente podrá haber rentas nacionales con destinación específica para inversión social, noción que por tratarse de una excepción a una regla constitucional, debe ser interpretada restrictivamente.

1. Como ya se expuso, la norma objeto de control prevé la creación de la sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido a ser destinada al pago de las obligaciones

financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la SSPD para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional. Como lo señala la demanda, el objetivo de la norma es la atención del servicio de deuda del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el cual no se puede enmarcar en la definición de "gasto público social" a la que se refiere el artículo 41 del Decreto 111 de 1996. Asimismo, la norma no cumple las características de especificidad dado que es general, aunque se sabe por la discusión en el Congreso que tiene nombre propio: Electricaribe S.A. E.S.P. Tampoco cumple la norma, en abstracto, con el requisito de distribución territorial al que hace referencia el segundo inciso del artículo 350 de la Carta Política.

1. Específicamente, en los términos del artículo 16 de la Ley 1955 de 2019, con los recursos recaudados, el Fondo Empresarial de la SSPD podrá financiar a las empresas en toma de posesión para (i) apoyar pagos para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario, o quienes se les terminen sus contratos de trabajo; (ii) salvaguardar la prestación del servicio; (iii) apoyar el pago de las actividades profesionales requeridas para prestar apoyo económico, técnico y logístico a la Superintendencia y a la empresa prestadora del servicio público en toma de posesión; y (iv) de forma excepcional, podrán apoyar los esquemas de solución a largo plazo sin importar el resultado en el balance del Fondo en la respectiva operación. De lo cual se puede entender que ha sido el mismo Legislador el que ha dispuesto el origen de los recursos y el destino de estos. En su concepción original, este fondo se podía utilizar para apoyar, de conformidad con sus disponibilidades, a las empresas que contribuían al Fondo, en los procesos de liquidación ordenados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

1. El Fondo Empresarial de la SSPD se fondea con los siguientes recursos: (i) los excedentes de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) y de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG); (ii) el producto de las multas que imponga dicha Superintendencia; (iii) los rendimientos que genere el Fondo Empresarial de la SSPD y que se obtengan por la inversión de los recursos que integran su patrimonio; (iv) los recursos que obtenga a través de las operaciones de crédito interno o externo que se celebren a su nombre, y los que reciba por operaciones de tesorería; (v) los rendimientos derivados de las acciones que posea el Fondo o su enajenación, los cuales no estarán sometidos al impuesto sobre la renta y complementarios; y, (vi) los demás que obtenga a cualquier título. En esta última categoría, se recibirán los recursos que se recauden como consecuencia del artículo 313 de la Ley 1955 de 201939.

1. Con base en estos antecedentes sobre la destinación específica objeto de la norma de control, y sin perjuicio de la afirmación de la intervención del Gobierno nacional en el sentido

de que los recursos recaudados aún no han ingresado al patrimonio autónomo y sobre la temporalidad del impuesto (vigente hasta diciembre de 202240), la Corte encuentra que en los estrictos y precisos términos de la competencia señalada en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, en abstracto, la norma demandada vulnera el mandato del artículo 359 de la Carta Política. Reconoce este tribunal que no hay lugar a dudar que bajo el artículo 365 superior, el Estado debe asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (ver supra, numeral 37). Sin embargo, dicha finalidad no se concreta en la destinación específica de una renta nacional creada por la norma demandada en una Ley aprobatoria del Plan de Desarrollo, al destinarse en abstracto para el pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión. Es claro que dicha destinación resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 359 superior, ya que no puede calificarse como "inversión social" el salvamento ex post de una empresa particular en un determinado sector, como es el caso de Electricaribe S.A. E.S.P. Lo anterior, encuentra fundamento en las razones que se exponen a continuación.

1. La renta de destinación específica no beneficia directamente al usuario final, sino la solvencia o liquidez del Fondo Empresarial. En materia presupuestal han de aplicarse los principios de unidad de caja y universalidad del presupuesto, por lo que la justificación de una renta de destinación específica no puede fundarse en un hipotético o eventual beneficio indirecto de la destinación específica41, como sería el evitar la liquidación de una empresa de servicios públicos distribuidora de energía eléctrica, toda vez que esto podría afectar a los usuarios finales. Esta premisa no obedece a una interpretación sistemática de las normas aplicables en el escenario de toma de posesión ejercida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios42.

1. Es así como el artículo 61 de la Ley 142 de 1994, por ejemplo, en el escenario de la liquidación de la empresa prestadora del servicio público, prevé que se debe dar aviso a la autoridad competente para la prestación del servicio, para que esta asegure que no se interrumpa la prestación del servicio. Para lo cual, podrá celebrar los contratos que sean necesarios para permitir la sustitución de la empresa o asumir directamente la prestación. Por ende, a la luz de la norma objeto de control, es dado afirmar que los usuarios del servicio público de energía eléctrica no reciben un servicio o beneficio directo o indirecto del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, elemento que es reconocido por el Gobierno nacional y el Procurador General de la Nación.

1. Ahora bien, el pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional, como es el caso de Electricaribe S.A. E.S.P., si bien es fundamental para salvar a dicha empresa, no es un gasto que tienda por sí mismo, al bienestar general y al

mejoramiento de la calidad de vida de la población.

1. Cabe destacar que, el impuesto creado en la disposición objeto de control se trata específicamente de una operación destinada a financiar el Fondo Empresarial de la SSPD, la cual no evidencia, prima facie, una consecución del bienestar social, o un mejoramiento de la calidad de vida de la población, o una distribución equitativa de las oportunidades. Lo anterior, por cuanto no corresponde a erogaciones que pretenden incrementar, a largo plazo, la capacidad instalada o una mejor y eficiente prestación del servicio público, sino como se verá a continuación, corresponde a un paquete de medidas que tienden a sanear los pasivos de una empresa específica de un sector determinado. Es así como, es claro que ante la búsqueda del saneamiento no se trata de un gasto de inversión, ni a un gasto de funcionamiento, sino que corresponde a servicio de deuda, el cual se encuentra en un rubro presupuestal diferente.

1. Al respecto, al referirse la destinación específica al pago de las deudas financieras del Fondo Empresarial de la SSPD (capital e intereses), se debe traer a colación lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (compilado en el Decreto 111 de 1996) en el artículo 11, literal b)43, el cual dispone que el servicio de la deuda debe estar incluido en un capítulo presupuestal distinto del destinado a la inversión o funcionamiento. De esta manera, no es posible inferir el objetivo del gasto o inversión social al que se refiere la disposición demandada. En los términos de la sentencia C-221 de 2019, la destinación de los recursos que se recauden con el tributo demandado no pretende satisfacer necesidades de largo plazo, sino necesidades de saneamiento o corto plazo, no asociadas directamente a la continuidad en la prestación del servicio público de energía en empresas en toma de posesión.

1. De esta manera, si bien el Fondo Empresarial de la SSPD podrá financiar a las empresas en toma de posesión para hacer pagos de obligaciones financieras o para la satisfacción de los derechos de los trabajadores que se acojan a los planes de retiro voluntario y en general las obligaciones laborales y para salvaguardar la prestación del servicio, no tiene un beneficio directo en los usuarios finales, ni el escenario extremo de liquidación de la empresa conlleva a su desprotección.

1. La sobretasa por kilovatio por hora consumida de energía eléctrica pertenece a un conjunto de medidas que tenían por objeto facilitar la venta por parte del Estado colombiano de Electricaribe S.A. E.S.P. De esta forma, constata la Sala Plena que la garantía de prestación del servicio público a todos los habitantes del territorio (artículo 365 superior), no se refiere necesariamente a la garantía de continuidad de la empresa, o a una obligación esencial del Estado en preservar la solidez y liquidez de dichas empresas. Es evidente que en este caso concreto, la disposición acusada no se sustenta en motivos que la hagan

imperativa y necesaria44.

1. De la revisión de los antecedentes legislativos, la Sala Plena pudo constatar que en el curso del debate de la norma objeto de control no se tuvieron en cuenta consideraciones específicas relacionadas con los conceptos de bienestar de la población; por ejemplo, número de personas con necesidades básicas insatisfechas, o cúal es la necesidad de la población que se pretende satisfacer. El debate se limitó a reflexiones generales sobre el potencial impacto en una determinada región del territorio colombiano, derivado de la liquidación de una determinada empresa privada. Tampoco se evidencia la razón por la cual sería inminente o imperativo para la inversión social, el mejoramiento o fortalecimiento del Fondo Empresarial de la SSPD, o la mejora en los balances de Electricaribe S.A. E.S.P. para facilitar la venta de este activo tomado en posesión por la Superintendencia.

1. Es preciso entonces profundizar en el contexto del debate al interior del Congreso. En este sentido, las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018-202245 señalan la necesidad de tomar medidas de fortalecimiento institucional que faciliten la coordinación entre las diversas entidades del Estado responsables del cumplimiento del artículo 365 de la Constitución Política. Entre estas medidas, el "Pacto por la calidad y eficiencia de los servicios públicos: agua y energía para promover la competitividad y el bienestar de todos" señaló la necesidad de robustecer el financiamiento, la solidez y la sostenibilidad del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como instancia que respalda y garantiza la continuidad del servicio sin generar la exposición fiscal.

1. Por otra parte, el "Pacto Región Caribe: Una transformación para la igualdad de oportunidades y la equidad" puso de presente las reducidas inversiones en infraestructura eléctrica por parte de Electricaribe S.A. E.S.P. antes de 2016, las cuales conllevaron a una ineficiente prestación del servicio de distribución de energía eléctrica en la región Caribe, un aumento en las pérdidas de energía y cartera morosa, entre otros factores y que permitían poner de presente el estado crítico de la prestación del servicio público de energía en dicha región. En consecuencia, se requería adoptar medidas que permitieran asegurar la prestación eficiente y sostenible del servicio público en desarrollo del mencionado artículo 365 superior. Al respecto, el Gobierno nacional afirmó que las propuestas presentadas en relación con Electricaribe S.A. E.S.P. eran un tema "muy importante, porque se trata de la obligación constitucional de prestar el servicio eléctrico"46. En particular, en la sesión del 19 de marzo de 2019, el Viceministro de Hacienda y Crédito Público precisó que "esto no es para un privado porque lo que se busca es garantizar el servicio de electricidad de una región del país"47.

1. Respecto de la situación financiera de Electricaribe S.A. E.S.P., las bases del plan dan cuenta de los efectos adversos de las bajas inversiones durante los años anteriores a 2016,

causando un deterioro constante y continuo en los flujos de caja de la empresa. En consecuencia, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tomó posesión de la empresa en noviembre 14 de 2016. Expresamente se indicó que la intervención de Electricaribe fue inevitable, ante el colapso financiero de la compañía por la falta de inversiones y por problemas de administración. Se puso de presente que la empresa se encontraba en búsqueda de inversionistas y que le correspondía al Gobierno nacional adoptar medidas para garantizar la prestación del servicio de energía, tales como, otorgar las condiciones necesarias para la sostenibilidad del Fondo Empresarial de la SSPD. Asimismo, el representante Christian Moreno señaló que "esto no es un problema de una empresa privada, sino de la prestación de un servicio público. Esto no es un problema inventado, sino que es un problema real. No es un problema de unidad de materia, sino que se trata de darle solución a un problema que afecta el 25% del país"48. Por último, en la sesión del 20 de marzo de 2019, la Ministra de Minas y Energía resaltó que "la situación de Electricaribe S.A. ESP constituye un riesgo para 10 millones de colombianos"49.

1. En cuanto al trámite legislativo, el Gobierno nacional presentó un total de 183 artículos, entre los cuales, no se incluyó expresamente la sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, establecida en la norma objeto de control50. En la ponencia para primer debate51, se propuso habilitar al Fondo Empresarial de la SSPD para utilizar sus recursos en favor de prestadores del servicio público de acueducto y alcantarillado. Con base en dicha proposición, se sugirió extender dicha medida a los servicios públicos de energía y gas52.

1. Posteriormente, en sesiones del 18 y 19 de marzo de 2020, el Gobierno nacional manifestó que existe un problema crítico en materia energética, especialmente, por los problemas financieros que presenta el sistema. En concreto, indicó que se requiere solicitar un crédito para el funcionamiento de Electricaribe S.A. E.S.P., y que el Fondo Empresarial de la SSPD adopte el funcionamiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-Fogafín.

1. Adicionó el Gobierno nacional que tanto el crédito, como la iniciativa de gestión del Fondo Empresarial de la SSPD como garante, tenían por objeto:

"poder mejorar la compañía con el objetivo de vender la compañía, porque se requieren hacer unas inversiones muy grandes que la Nación no se puede permitir. Para lo anterior tenemos que tomar el pasivo pensional y pagarlo, pero además sacarlo de la compañía. La idea es que la compre un privado que preste el servicio como la Constitución lo impone. La idea es que no tengamos hacer las inversiones grandes, sino solo aquellas que nos permitan venderla". Agregó que "cuando iniciamos la ley de financiamiento el pasivo que significa Electricaribe no estaba contabilizado, luego esta situación es verdaderamente complicada, donde se necesita del apoyo de todos. Sobre el primer artículo que se busca es aumentar por dos años a los estratos altos el precio del consumo de energía eléctrica (estrato 4 a 6). En general, lo que se busca es que por el consumo se cobre un poco más entre 600 a 2000 pesos más. Con este método podríamos recaudar unos 250.000 millones de pesos al año".

1. Sin embargo, el Ministro de Hacienda y Crédito Público señaló la importancia de poner en perspectiva el artículo referente a la crisis financiera “aprobando estos artículos sería de 180.000 y 200.000 millones de pesos, lo cual de por sí es insuficiente, porque el déficit hasta hoy es de 1.8 billones de pesos; el cual va en aumento”(se subraya). Específicamente, respecto de la sobretasa regulada en la norma demandada, manifestó que era absolutamente necesaria para poder dotar al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, indicando que “se debe confesar que igual la sobretasa que se está proponiendo es muy pequeña. Entonces hay que hacer un gran esfuerzo para sacar este tema adelante” 53.

1. Tras lo anterior, el Ministro de Hacienda solicitó a los congresistas tener presente la realidad de la empresa, y la necesidad de prestar el servicio de energía en la costa Caribe:

“Claramente, lo mejor hubiera sido que se hubiera hecho algo antes, pero el esquema que se está planteando es un esquema que se ha analizado con varios expertos. Debemos estar seguros que después de las discusiones que tengamos, la conclusión a la que llegaremos va a ser el esqueleto de esta que se propone. Se necesitan las facultades para asumir el pasivo pensional de Electricaribe para hacerla atractiva para su venta. Así mismo, se necesitan facultades para solicitar créditos para ayudar a la compañía un poco para poder venderla. Adicionalmente, se necesita aprobar las sobretasas para que se pueda crear el fondo empresarial y este sea sostenible en el tiempo. La solución definitiva va a venir cuando Electricaribe goce de todas estas alternativas y, ahí, será el momento cuando se pueda mirar cuál operador va a hacer las inversiones de 7 billones de pesos que son necesarios. No es necesario preocuparse por lo de la unidad de materia, porque no se tratan de facultades permanentes sino de transitorias”54 (negrillas fuera de texto original).

1. En las sesiones conjuntas de las Comisiones Económicas del Senado y la Cámara55, se hicieron precisiones indicando que no se está salvando Electricaribe S.A. E.S.P. sino que se está acelerando la salida de la empresa de propiedad de la Nación, y que, el servicio lo está prestando el Estado pues la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tomó posesión de la empresa. Específicamente, los congresistas resaltaron el número y necesidades concretas de la población objeto de las medidas adoptadas para salvar Electricaribe, como por ejemplo:

i. La senadora María del Rosario Guerra resaltó que “si nosotros no hacemos algo, se apaga el servicio de energía eléctrica en el Caribe, y no es solo dejar sin energía a cerca de doce o trece millones de colombianos que viven en el caribe, afecta a todo el país: afecta a los puertos, los aeropuertos, el comercio, la industria, el nivel de vida de la población, afecta las

empresas generadoras, comercializadoras, afecta toda la actividad”56.

i. El senador Efraín Cepeda “si ese paquete de artículos no está, se puede apagar el Caribe colombiano, y apagar el Caribe colombiano es un coletazo tremendo al desarrollo nacional, porque es el 25% del país, no es un problema de carácter regional, es un problema de carácter nacional (…) Los puertos de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta mueven el 70% de los contenedores de Colombia, usted imagínese ese apagón, esa repercusión y cuál es la alternativa que nos queda sino salimos adelante con un paquete de artículos, que salve a Electricaribe”57.

i. El senador Efraín Cepeda insistió en que el tema Electricaribe afecta “al 25%, a la cuarta parte de los usuarios del país; pero que, si no se soluciona, tendrá un efecto dominó en el desarrollo nacional y en el presupuesto general de la nación”58, que afectaría además las termoeléctricas e hidroeléctricas, “porque es la cuarta parte de los recursos en compra de energía, que estarían ausentes o muy deficitario”59. Aseguró que “la parálisis de los puertos, que mueven el 70% de los contenedores, (…) la disminución del desempleo, se iría al traste; creo que usted está calculándolo en el 7%, hoy tenemos alrededor del 10%. Se nos va al 20% la cifra de desempleo. Ya no seríamos el cuarto país más desigual del mundo, sino seguramente el primero o el segundo, o hay tres o cuatro millones de personas que salgan de la pobreza si lo que vamos a hacer es sumar”60. Resaltó que el fortalecimiento del Fondo Empresarial de la SuperServicios “es necesario para que tenga las herramientas de salvamento de las entidades intervenidas, sea esta u otra”61.

i. El senador David Barguil resaltó que “allá hay municipios donde dura veinte horas sin el servicio de energía, a cuarenta grados de temperatura (…) entonces dejamos a los diez millones de costeños, ¿María del Rosario, sin la solución?”.

i. Finalmente, se presentaron muchas intervenciones comparando el tema de Electricaribe con las empresas de Cali, manifestando desigualdad y que era injusto que en el Valle del Cauca no se tomaban medidas de esa índole.

1. Algunos de los congresistas que se opusieron a estas medidas indicaron que no tenían vocación de transitoriedad, y que, debían ser medidas de carácter permanente decididas por el Congreso por las vías ordinarias.

1. De dicho recuento del trámite legislativo, la Sala Plena puede extraer las siguientes conclusiones. La norma demandada hace parte de un conjunto de medidas (artículos 312 a 318) dirigidas a preparar la venta por parte del Estado colombiano de Electricaribe S.A. E.S.P., de lo cual no se puede derivar una consecuencia lógica o razonable respecto del

bienestar o beneficio directo para los usuarios del servicio público de distribución de energía en la costa Caribe. De esta manera, no es posible sostener que la finalidad de la denominada sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, se encuentre destinada para "inversión social", esto es, a asegurar el bienestar social y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, ya que contrario a lo señalado por algunos senadores en el marco del debate en sesiones conjuntas, y como ya indicó la Corte (ver supra, numerales 70 a 74), los usuarios finales no son los destinatarios directos de la medida. Una lectura comprehensiva del debate, permite evidenciar que en abstracto el debate giró en torno al fortalecimiento para el pago de la deuda financiera adquirida por el Fondo Empresarial de la SSPD previsto por la norma, con el fin de facilitar la garantía de dicha venta. Si bien estos hechos son relevantes para la región, no se enmarcan dentro del concepto de "inversión social". Además, como se evidencia, la norma acusada se refiere en abstracto al financiamiento del Fondo Empresarial con el objetivo de apoyar empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional. Sin embargo, es claro de la discusión en el Congreso que se discutió el pago de las obligaciones financieras del Fondo Empresarial de la SSPD para garantizar el conjunto de medidas relacionadas con el saneamiento y preparación para la venta de Electricaribe S.A. E.S.P., lo anterior aunado al reconocimiento del propio Gobierno nacional, en el sentido que la sobretasa por kilovatio hora de energía eléctrica consumido se destinaría al saneamiento de pasivos que podrían haber sido controlados o mitigados mediante otros mecanismos.

1. Revisado el debate parlamentario, se constató que se afectó profundamente el principio democrático, máxime en tratándose de la creación de normas de contenido tributario. En materia de la imposición de tributos, se resalta el postulado del constitucionalismo liberal no taxation without representation (no hay tributación sin representación)62. En este punto, cabe reiterar que el principio de legalidad en materia tributaria tiene profundas raíces históricas y mantiene vigencia en nuestro actual diseño institucional63. Ello, según ha sido expuesto, es expresión de los principios de representación popular y democrático, que exigen que para decretar un impuesto hayan concurrido los eventuales afectados por medio de sus representantes ante los cuerpos colegiados64. Tal deliberación y posterior consentimiento por parte de los representantes de los ciudadanos, no tiene otro fin que el evitar equiparar los impuestos a una confiscación. Es por tal razón, que por regla general, los impuestos solo pueden adoptarse en el seno del órgano representativo: el Congreso. Este órgano constitucional goza de una mayor legitimidad democrática, dada su composición plural y la obligación de deliberar con igual respeto y consideración a los diversos intereses de los representados65. En esta línea, como lo reconoció la Corte en la sentencia C-464 de 2020, en materia tributaria el principio de unidad de materia en las leyes del PND, exige una carga de argumentación suficiente.

1. En este caso, se desconoce dicho principio ante las características propias del debate democrático (ver supra, numerales 76 a 88). Lo anterior, por cuanto el Legislador desconoció los verdaderos motivos de la norma demandada, los cuales no fueron objeto de un debate democrático abierto, al no estar orientados de forma definitiva a la inversión social.

Específicamente, (i) insiste la Corte en que la decisión del Congreso, al considerar que la previsión estaba vinculada con la inversión social, desconoció los verdaderos motivos del Gobierno, incluso expresados durante el debate legislativo; (ii) que esos motivos no fueron objeto de un debate democrático abierto; y (iii) que esa actuación debía estar dirigida más a garantizar la prestación del servicio en la región afectada, que a salvar a una empresa privada y facilitar su venta66.

1. Nadie duda que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, ni que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Lo que se discute es si un impuesto destinado al pago de las obligaciones financieras del Fondo Empresarial de la SSPD, para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de cierta empresa prestadora del servicio público de energía, de naturaleza privada y en toma de posesión, constituye inversión social. Desde este punto de vista, de aceptarse el impuesto creado con ocasión de la norma acusada, podría conllevar a que se permitan las operaciones de financiamiento de empresas privadas, mixtas o públicas en dificultades económicas, con rentas de destinación específica, mediante la simple constatación de que en su finalidad se encuentra el cumplimiento del mandato del artículo 365 de la Carta Política. De aceptarse este planteamiento por esta Sala, sin duda, se estaría dando vía libre a que la excepción se convierta en la regla general, lo cual causaría como se mencionó un grave desajuste y mayores inflexibilidades en el proceso presupuestal y de planificación (ver supra, numerales 55 a 59).

1. Es así como, considera la Sala Plena que el mandato constitucional previsto en el artículo 365 superior, se refiere a la continuidad en la prestación del servicio público para todos los habitantes del territorio nacional. Así, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, la adecuada prestación de los servicios públicos esenciales compromete la satisfacción de ciertos derechos fundamentales, del bienestar general y del mantenimiento de la calidad de vida de la población, y en tal virtud constituye un fin esencial del Estado. Por ello, corresponde al Estado garantizar su prestación regular, continua y eficiente, ya sea directamente o a través de los particulares, reservándose en todo caso la competencia para regular, controlar, inspeccionar y vigilar su adecuada prestación67. Dicho mandato de continuidad del servicio, se reitera no necesariamente se refiere a la continuidad de la empresa prestadora, ni conlleva a una obligación especial para el Estado colombiano de asegurar y mantener como tal a cada una de las empresas prestadoras del servicio público, sino en esta línea de inspección y vigilancia, debe mantener la libre competencia entre ellas y asegurar una eficiente prestación para el usuario final.

1. Al tratarse de una medida de contenido estructural, no se encontraron razones suficientes que permitan el vaciamiento de las competencias ordinarias del Congreso de la República. De los antecedentes legislativos señalados se evidencia en el debate en el Congreso, la constatación de una compleja situación estructural de Electricaribe S.A. E.S.P. En relación con la inclusión de medidas estructurales en el Plan Nacional de Desarrollo, en su jurisprudencia

reciente la Corte Constitucional (i) ha avalado la constitucionalidad de medidas cuando ha descartado expresamente que tengan un carácter estructural68; (ii) ha declarado la inexequibilidad de disposiciones que regulaban el IBC de cotización de los trabajadores independientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por considerar que eran normas de índole transversal69; y (iii) ha señalado que la ley del Plan Nacional de Desarrollo no es una herramienta única de gobernabilidad, pues cuenta con la posibilidad de acudir a la ley ordinaria a través del órgano democrático por excelencia, cual es el Congreso de la República70.

1. Al respecto, es dado concluir que la medida adoptada corresponde a una medida estructural o transversal necesaria para lograr el saneamiento del pasivo financiero de Electricaribe S.A. E.S.P. En este sentido, la reciente sentencia C-068 de 2020 señaló "la naturaleza de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo como mecanismo de planeación exige la formulación de metas, objetivos y estrategias para estructurar una política económica, social y ambiental durante cuatro años. Esta función de planificación estatal se desdibuja cuando las leyes del Plan Nacional de Desarrollo son utilizadas para incluir, como en este caso, sucesivas normas sobre una regulación transversal que no responden de manera concreta al modelo económico propuesto por cada gobierno, sino que son incluidas en distintos planes de desarrollo sin responder de forma concreta a algún propósito, meta u objetivo". Visto lo anterior, cuestiona la Sala Plena que se trate de un objetivo del plan del gobierno salvar a una empresa específica de servicios públicos ex post, razón por la cual la apariencia de inversión social entendida como una operación de salvamento, no se encuadra con los objetivos y propósitos del Plan Nacional de Desarrollo. Por lo cual, se reitera que no se evidencia una imperiosa y urgente necesidad en la creación de la renta de destinación específica en la norma objeto de control, que permitiera justificar el desplazamiento o vaciamiento de las competencias ordinarias del Congreso de la República.

1. Con fundamento en lo anterior, señala la Corte que le es dado al Congreso de la República, por las vías ordinarias, diseñar y aprobar ex ante una institucionalidad permanente que permita preventivamente garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, como una verdadera política pública, orientada a todo el territorio nacional y no limitada al saneamiento financiero y administrativo ex post de una empresa privada prestadora de servicios públicos domiciliarios, tomada en posesión en una región particular de la geografía nacional.

Conclusiones

1. En virtud de lo expuesto, en este caso, se hace imposible sostener la razonabilidad del Legislador al crear la renta nacional del tipo de los impuestos de destinación específica de la norma objeto de control y por consiguiente, la Corte procederá a declarar la inexequibilidad

del artículo 313 demandado. La Corte encuentra que la norma en su totalidad vulnera la Constitución, por las razones ya señaladas. Adicionalmente, se aclara que esta decisión tendrá efectos inmediatos y hacia futuro y será aplicable al período de facturación inmediatamente siguiente a la fecha de la presente decisión. Por último, por sustracción de materia, la Sala Plena se abstiene de analizar el segundo cargo formulado por el demandante.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. Resalta el tribunal que no queda duda alguna de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Sin embargo, dicha finalidad no se concreta en la destinación específica de una renta nacional creada por la norma demandada en una Ley aprobatoria del Plan de Desarrollo, al destinarse en abstracto para el pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de una determinada empresa de energía eléctrica en toma de posesión. Es claro que dicha destinación resulta contraria al principio de deliberación democrática, ya que no puede calificarse como “inversión social” el salvamento ex post de una empresa particular en un determinado sector, como es el caso de Electricaribe S.A. E.S.P.

1. Por último, señaló la Corte que le es dado al Congreso de la República, por las vías ordinarias, diseñar y aprobar ex ante una institucionalidad permanente que permita preventivamente garantizar la continuidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, como una verdadera política pública, orientada a todo el territorio nacional y no limitada al saneamiento financiero y administrativo ex post de una empresa privada prestadora de servicios públicos domiciliarios, tomada en posesión en una región particular de la geografía nacional.

I. 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:

Declarar INEXEQUIBLE el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad””.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RIOS

Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

RICHARD S. RAMIREZ GRISALES

Magistrado (E)

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO (E)

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

A LA SENTENCIA C-504/20

RENTAS NACIONALES DE DESTINACION ESPECIFICA-Inversión social (Salvamento de voto)

PRESTACION EFICIENTE DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE ENERGIA ELECTRICA-Amplio margen de acción del legislador (Salvamento de voto)

Expediente: D-13622

Magistrado ponente:

Alejandro Linares Cantillo

Con respeto por las decisiones de la Sala Plena, suscribo este salvamento de voto en relación con la sentencia de la referencia. En mi concepto, la Corte Constitucional debió declarar la exequibilidad del artículo 313 de la Ley 1955 de 2019, “por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”. Esto, por cuanto la norma no desconoce lo previsto por el artículo 359 de la Constitución Política, en lo relativo a la facultad del legislador para crear rentas nacionales con destinación específica a la inversión social, por las siguientes razones:

1. La continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica es inversión social. Esto es así con fundamento en los artículos 365 y 367 de la Constitución Política. El primero dispone que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”, razón por la cual la garantía de “su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” es un deber estatal. Por su parte, el segundo artículo faculta al legislador, de manera expresa, para fijar el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, de conformidad con criterios de “solidaridad y redistribución de ingresos”. Asimismo, la Corte Constitucional ha reiterado de manera uniforme que la prestación de los servicios públicos

domiciliarios es inversión social, en tanto tiene “como finalidad (…) satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social”71 y está orientado a “la consecución del bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población”72 y la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas. En consecuencia, el legislador puede crear una renta nacional con destinación específica que tenga por objeto garantizar la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica de los usuarios de las empresas en toma de posesión a nivel nacional.

1. El artículo 313 del PND dispone, de manera expresa, que los recursos recaudados por la sobretasa serán destinados a garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas en toma de posesión. La norma demandada prevé que la sobretasa por kilovatio hora “será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional”, razón por la cual su objetivo directo es garantizar la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en todo el país. Por lo tanto, si bien el artículo 16 de la Ley 1955 de 2019 faculta al Fondo Empresarial para financiar las empresas en toma de posesión en relación con el pago para la satisfacción de los derechos laborales de sus empleados o asegurar la viabilidad de los respectivos esquemas de solución a largo plazo, entre otros, por disposición expresa de la norma sub examine, los recursos recaudados por dicho concepto solo podrán utilizarse para “salvaguardar la prestación del servicio”73, que no al pago de las deudas o a financiar cualquier otra competencia del Fondo Empresarial que no esté relacionada con esa finalidad específica. Por consiguiente, considero que, a diferencia de lo concluido por la mayoría de la Sala Plena, si bien la norma puede tener como objetivo mediato evitar la liquidación de una empresa prestadora que se encuentre en toma de posesión, no es su objetivo inmediato.

1. La Constitución Política faculta de forma expresa al legislador para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica por medio de empresas privadas. De un lado, el artículo 365 reconoce que los servicios públicos pueden ser prestados por particulares, en ejercicio de la función social que reconoce en la empresa como base del desarrollo. De otro lado, el artículo 367 dispone, de manera específica, que corresponde a la ley fijar “las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación”, lo que cualifica su relevancia y la mayor capacidad de regulación del legislador en lo relativo a su prestación. En estos términos, no solo sería constitucional, sino razonable, que la ley asegure la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica por la vía de, por ejemplo, evitar la liquidación de una empresa prestadora que se encuentra en toma de posesión, por lo que no correspondería a la Corte Constitucional limitar el amplio margen de acción con que cuenta el legislador para garantizar la prestación eficiente del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

1. El Congreso de la República sí valoró la imperatividad y la necesidad de la medida, en términos de inversión social, así como la urgencia de su regulación. Esto, por cuanto el legislador consideró los fundamentos fácticos que le exigían adoptar la norma sub examine para garantizar la continuidad en la prestación del servicio en el "sistema eléctrico del Caribe"74, que representa el 25% de los usuarios a nivel nacional. En efecto, es posible identificar intervenciones a lo largo del trámite legislativo que dan cuenta de que el Congreso de la República analizó (i) la necesidad de garantizar "la obligación constitucional de prestar el servicio eléctrico"75, que no solucionar "un problema de una empresa privada"76; (ii) la gravedad de la situación económica del prestador de energía eléctrica del Caribe, lo que "constitu[ía] un riesgo para 10 millones de colombianos"77 que podían quedar sin la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica en siete departamentos; (iii) las implicaciones de la suspensión del servicio de energía eléctrica en esta región "en el desarrollo nacional y en el presupuesto general de la nación"78, en tanto "apagar el Caribe colombiano es un coletazo tremendo al desarrollo nacional, porque es el 25% del país, no es un problema de carácter regional, es un problema de carácter nacional"79, y, por último, (iv) la situación de vulnerabilidad de los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica del Caribe, puesto que es "la región que más pobres tienen en el país"80. En consecuencia, el legislador no solo no "desconoció los verdaderos motivos de la norma demandada"81, sino que consideró los motivos y el alcance de la disposición sub examine en relación con la continuidad en la prestación del servicio de energía eléctrica, en un debate en el que los congresistas tuvieron acceso a la información necesaria y suficiente para formar adecuadamente su voluntad democrática. Por esta razón, no es posible concluir, como lo hace la mayoría de la Sala Plena, que existió vulneración del principio democrático.

Fecha ut supra,

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e)

1 INVITAR a participar en este proceso, por medio de la Secretaria General, al Departamento Nacional de Planeación, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, a la Cámara Colombiana de Energía, a la Asociación Colombiana de Generadores de Energía Eléctrica -Acolgen, a la Asociación Nacional de Empresas Generadoras -Andeg, a la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -Andesco, a la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica -Asocodis, al Comité Asesor de Comercialización -CAC, al Consejo Nacional de Operación -CNO, a la Organización Latinoamericana de Energía -Olade, a Ser

Colombia, a la Asociación Nacional de Empresarios -ANDI y a los Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás sede Tunja, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, para que, si lo estiman conveniente, mediante escrito que deberá presentarse dentro de los diez (10) días siguientes al de recibo de la comunicación respectiva, emitan su concepto técnico especializado sobre las disposiciones que son materia de la impugnación.

2 Ver cuaderno principal, folio 33.

3 El término para que los invitados conceptuaran, así como el término de fijación en lista, transcurrieron entre los días 27 de enero de 2020 al 7 de febrero de 2020.

4 En la Secretaría General de la Corte Constitucional se recibieron las siguientes intervenciones: (i) el 7 de febrero de 2020, la Universidad Externado, a través del Centro Externadista de Estudios Fiscales y la señora Olga Lucía González, en calidad de Directora del Departamento de Derecho Fiscal; (ii) el 7 de febrero de 2020, en intervención conjunta, el Ministerio de Minas y Energía, por intermedio del señor Lucas Arboleda Henao, en condición de Jefe de a Oficina Asesora Jurídica; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del señor Esteban Jordan Sorzano en calidad de delegado del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público; el Departamento Nacional de Planeación, por intermedio de la señora Marcela Gómez Martínez, en condición de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica; la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la señora Ana Karina Méndez Fernández, en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica; y, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por intermedio de Clara María González Zabala, en su condición de Secretaria Jurídica.

5 En la Secretaría General de la Corte Constitucional se recibieron las siguientes intervenciones de forma extemporánea: (i) el 24 de febrero de 2020, el Consejo Nacional de Operación, a través del señor Alberto Olarte Aguirre, en calidad de Secretario Técnico; (ii) el 5 de agosto de 2020, la Organización Latinoamericana de Energía (OLADE), por intermedio del señor Alfonso Blanco Bonilla, en calidad de Secretario Ejecutivo. El CNO no remitió concepto ni solicitud específica orientada a debatir la constitucionalidad de las normas según los cargos planteados y, la OLADE solicitó que se le informara si el plazo había sido ampliado para poder intervenir.

6 Los intervinientes indicaron que, en referencia de la sentencia C-104 de 2016, el grado de intensidad que se debía utilizar en el juicio de igualdad debía ser el leve, puesto que, el mencionado es "(…) comúnmente empleado para estudiar materias económicas, tributarias o de política internacional (…)".

7 ARTICULO 28. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su

significado legal.

8 Corte Constitucional, sentencias C-894 de 2009, C-055 y C-281 de 2013.

9 Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2013.

10 Corte Constitucional, sentencia C-122 de 2020, por medio de la cual se reitera el test de omisión legislativa relativa de la sentencia C-352 de 2017.

11 En este sentido señaló que: “lo que procede es declarar la inconstitucionalidad por omisión, pues aplicar las normas generales sobre procedimientos administrativos llevaría, en este caso concreto, a dejar desprotegidos derechos constitucionales de las personas”. Ver folio 40 en el siguiente enlace: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=12771

12 Corte Constitucional, sentencia C-041 de 2003, entre otras.

13 Para el efecto, se reiteran las sentencias C-766 de 2012 y C-041 de 2003.

14 Corte Constitucional, sentencia C-041 de 2003.

15 Ver artículos 90 a 96 de la mencionada Ley 142 de 1994.

16 Corte Constitucional, sentencia C-252 de 1997.

17 Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2016, entre otras.

18 Corte Constitucional, sentencia C-269 de 2019.

19 Ibíd.

20 De acuerdo con la normatividad vigente aplicable, el costo de cada kilovatio corresponde a la siguiente fórmula matemática: CU = G + T + D + C + PR + R.

CU: Costo de cada kWh

G (Generación): Costo de compra de energía por parte del comercializador.

T (Transmisión): Costo de transportar energía a altos niveles de tensión desde los sitios donde se genera hasta la entrada a las regiones o ciudades.

D (Distribución): Costo de transportar energía a niveles de tensión entre 115 kV y 13,2 kV, desde los sitios de entrada de las regiones o ciudades hasta el domicilio del usuario final.

C (Comercialización): Costo de atender a los clientes relacionados con los procesos de lectura de medidores, facturación, y todo lo relacionado con el servicio y/o atención al cliente.

PR (Pérdidas): Pérdidas de energía que se original por el paso en la red (técnicas), o robo de energía debido a manipulaciones fraudulentas (no técnicas).

R (Restricciones): Costos asociados a las generaciones de seguridad necesarias para

mantener la continuidad del servicio cuando se presentan problemas al transportar la energía.

21 El costo unitario es definido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). Dicha entidad mediante la Resolución 119 de 2007 aprobó la fórmula tarifaria general que permite a las empresas comercializadoras de electricidad, establecer los costos de dicha prestación del servicio a los clientes.

22 La Ley de Servicios Públicos Domiciliarios establece que los clientes residenciales de estratos 5 y 6 y el sector comercial deben pagar una contribución del 20% sobre el consumo total de la factura de la energía. Dicho cobro no está incorporado dentro de la tarifa, y se cobra como un valor excedente a pagar en la factura.

23 Corte Constitucional sentencias C-252 de 1997 y C-041 de 2003.

24 Corte Constitucional, sentencias C-577 de 1995, C-444 de 1998, C-260 de 2015, C-010 de 2018 y C-221 de 2019.

25 En este mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido que las contribuciones por solidaridad creadas en el marco de las Leyes 142 y 143 de 1994, corresponden a un impuesto. Es importante poner de presente que en la sentencia C-086 de 1998, la Corte Constitucional consideró que este tributo es un impuesto porque realmente los usuarios de estratos más altos no perciben algún beneficio o retribución directa por parte del Estado, sino que en su lugar, se beneficia al grupo poblacional más vulnerable (Corte Constitucional, sentencia C-086 de 1998, correspondiente a la demanda contra las contribuciones realizadas por los usuarios del servicio de energía eléctrica de estratos 5, 6 y sector comercial e industrial -art 5°, L.286/1996-). Esta tesis fue reiterada en la sentencia C-766 de 2012. Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a la contribución solidaria para los usuarios residenciales de menores ingresos (i) como impuesto; (ii) como contribución, según su denominación legal; y (iii) ha afirmado que independientemente de que se le llame sobretasa o contribución especial, estos vocablos son sinónimos en el contexto de la obligación tributaria. También, se observa que a pesar de hacer referencia a la sentencia de la C-086 de 1998, en algunas ocasiones se sigue empleando el término “contribución”, más no impuesto, al referirse a la obligación, pero sin oponerse de forma alguna a la definición que hizo la Corte Constitucional desde 1998. (Consejo de Estado, Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 25 de agosto de 2000. Radicación 1292, Sentencia del 21 de febrero de 2007. Radicación 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP). Reitera misma alusión a la naturaleza del tributo contenida en sentencia del 12 de octubre de 2006. Radicado 15001-23-31-000-2004-00803-01(AP), Sentencia del 09 de abril de 2007. Radicación 15001-23-31-000-2004-00788-01(AP), Sentencia del 22 de abril de 2009. Radicación número 25000-23-27-000-2001-02288-01, Sentencia del 04 de febrero de 2010. Radicación número 11001-03-27-000-2007-00046-00 (16853), Sentencia del 11 de noviembre de 2010. Radicación número 08001-23-31-000-2006-00651-01(17676), Sentencia del 09 de diciembre de 2010. Radicación número 25000-23-27-000-2002-00950-01 (16325), Sentencia del 07 de marzo de 2011. Radicación número 23001-23-31-000-2003-00650-02, Sentencia del 09 de abril de 2015. Radiación número 08001-23-31-000-1998-00049-01(20709). Reitera

Sentencias de 3 y 10 de octubre de 2007, expedientes 15393 y 15812, Sentencia del 08 de febrero de 2018. Radicación 25000-23-24-000-1999-00450-01, Sentencia del 02 de mayo de 2019. Radicación 76001-23-31-000-2009-0117801(20993), Auto del 30 de octubre de 2019. Radicación 25000-23-37-000-2015-01731-01(23022). Finalmente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los conceptos unificados 25 y 32 ha considerado que la contribución por solidaridad es un impuesto, con base en lo dispuesto en la sentencia C-086 de 1998.

26 Corte Constitucional, sentencia C-430 de 1995.

27 Corte Constitucional, sentencia C-155 de 2016.

28 Corte Constitucional, sentencia C-317 de 1998. El numeral 2 del artículo 359 de la Constitución regula un supuesto exceptivo de tributos con una destinación específica de gasto: "inversión social". Por tanto, no solo es competencia del Legislador establecer el tributo, sino también el gasto específico al que debe destinarse, que, en todo caso, debe corresponder a uno de "inversión social". En consecuencia, solo el Legislador puede establecer cuáles gastos pueden adscribirse a la categoría de "inversión social", para que puedan estar amparados con la garantía de "rentas nacionales de destinación específica", que regula el artículo 359. Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2019.

29 Gaceta constitucional No. 105 del 22 de junio de 1991 (Pág. 5), No. 141 del 19 de diciembre de 1991 (Pág. 19). Es de resaltar que en el Informe-Ponencia para primer debate en la plenaria sobre Hacienda Pública, se presentó la propuesta de eliminación de rigideces presupuestales. Así, se propuso eliminar las rentas de destinación específica, lo que le daría una gran flexibilidad a los responsables de la hacienda nacional para manejar el presupuesto general. Se exceptúan, las partidas de inversiones sociales y las participaciones regionales, que como se había visto, con excepción del fondo de regalías, son inversión social (Gaceta constitucional No. 85 del 29 de mayo de 1991).

30 En este sentido, la sentencia C-590 de 1992 señaló que "La técnica hacendística, en términos generales, las repudia porque tales rentas le restan flexibilidad al presupuesto nacional, ya que desconocen el principio de la unidad de caja al detraer del mismo los dineros correspondientes, con la consiguiente merma del mismo para satisfacer las necesidades de carácter general de la comunidad, tomada en su conjunto".

31 Desde una perspectiva económica, lo deseable es que los impuestos ingresen a una única bolsa, para que sea de allí, vía el presupuesto general de la nación, que se destine a las actividades prioritarias definidas en el proceso de presentación, trámite, aprobación y ejecución del mismo. Lo anterior, dando aplicación a los principios de estabilidad, adaptabilidad, transparencia, representatividad y sostenibilidad. En esta dirección, la Comisión de Gasto (2017) ha señalado que inflexibilidades en el presupuesto -como lo son las rentas de destinación específica- ponen en duda la capacidad que tiene el presupuesto para responder a las prioridades y objetivos del Gobierno nacional, los cuales se ven reemplazados por mandatos preestablecidos. Ver, CÁRDENAS, Mauricio, Introducción a la Economía Colombiana, 4ta Edición, pp. 206-208, 2020.

32 La crítica convencional de los hacendistas a la canalización de rentas o destinos

específicos se puede sintetizar en los siguientes asuntos (i) impide un manejo fiscal efectivo y un verdadero control del presupuesto, puesto que aisla algunas actividades de una revisión periódica y del control del gasto; (ii) conlleva a una mala asignación de fondos, ya que algunas actividades terminan recibiendo demasiados recursos, mientras que otras no reciben suficientes; (iii) hace inflexible la estructura de gastos, aún cuando cambien las necesidades; y (iv) permanece en operación mucho después de que haya desaparecido la necesidad para la cual fue establecida.

33 Decreto 111 de 1996, Artículo 16. Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.

34 Corte Constitucional, sentencia C-590 de 1992.

35 Corte Constitucional, sentencia C-221 de 2019.

36 Son ejemplos de rentas de destinación específica para inversión social: Ley 98 de 1993; Art. 16 (crear, mejorar, dotar, sostener el mayor número posible de bibliotecas públicas, universitarias y escolares); Ley 223 de 1995; Art. 14 (régimen subsidiado salud, gasto social rural, etc.); Ley 225 de 1995; Art. 7 (Artículo compilado en el artículo 28 del Decreto 111 de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.692 del 18 de enero de 1996, 'Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto); Ley 546 de 1999; Art. 29 (subsidios de vivienda de interés social); Ley 1114 de 2006 (vivienda de interés social); y Ley 1607 de 2012, Art. 28 Inc. 1o. (programas de inversión social a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), y para financiar parcialmente la inversión social del Sistema de Seguridad Social en Salud)

37 Página 10. Intervención del Gobierno Nacional. Expediente digital.

38 El artículo 132 de la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", ha sido modificado por las siguientes leyes: (i) el artículo 247 de la Ley1450 de 2011,"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", (ii) el artículo 227 de la Ley 1753 de 2015, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2014-2018", "Todos por un nuevo país", y (iii) el artículo 16 de la Ley 1955 de 2019, "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"".

39 Cabe destacar que en esta misma línea de fondeo "otros recursos que obtenga a cualquier título" el Fondo Empresarial, también se pueden incluir los siguientes:

Fuente

Finalidad de la norma / Uso

Artículo 19 de la Ley del PND -Sanciones (modifica 81.2 del art. 81 de la Ley 142 de 1994)

Multas desde 1 hasta 100.0000 s.m.l.m.v. al momento de la imposición de la sanción, a favor del Fondo Empresarial. No prevé ninguna destinación o uso diferente a los señalados del artículo 16 de la Ley del PND.

Artículo 312 de la Ley del PND -Medidas de sostenibilidad financiera del Fondo Empresarial

Adopción de medidas de sostenibilidad financiera del Fondo Empresarial, autorización a la Nación para financiamiento al Fondo Empresarial. No prevé ninguna destinación o uso diferente a los señalados del artículo 16 de la Ley del PND.

Artículo 314 de la Ley del PND -Contribución adicional a la contribución definida en el art. 85 de la Ley 142 de 1994

Esta norma fue declarada inexequible con efectos diferidos en sentencia C-464 de 2020. Dicha inexequibilidad tendrá efectos a partir del 1º de enero de 2023.

Esta contribución se cobrará a favor del Fondo Empresarial. No prevé ninguna destinación o uso diferente a los señalados del artículo 16 de la Ley del PND.

Artículo 315 de la Ley del PND -Sostenibilidad del servicio público mediante la asunción de pasivos

Se autoriza a la Nación asumir directa o indirectamente el pasivo pensional y prestacional, así como el pasivo de Electricaribe S.A. E.S.P., así como el pasivo asociado al Fondo Empresarial correspondiente a las obligaciones en las cuales el Fondo haya incurrido o incurra, incluyendo garantías emitidas. Los recursos que se reciban serán destinados al pago de las obligaciones financieras de Electricaribe con el Fondo.

40 Página 13. Intervención Gobierno Nacional. Expediente digital.

41 En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-317 de 1998 señaló que “La “destinación específica” de la renta nacional, sin pretender que el legislador la describa en todos sus detalles, no puede simplemente coincidir con el objetivo genérico de una entidad pública o con la simple previsión de que dicho destino será el que corresponda al respectivo proceso de planificación. En el Estado social de derecho, las entidades que conforman el aparato público, en un gran número cumplen funciones directamente relacionadas con el bienestar de la comunidad y el cumplimiento efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Desde este punto de vista, una parte sustancial de entidades del Estado podría teóricamente estar amparado por rentas de destinación específica, mediante la simple constatación de que por su objeto pertenecen al “sector social” y que sus acciones serán las resultantes del proceso de planificación en el que se imbrica lo público y lo comunitario. De aceptarse este planteamiento, sin duda, las rentas de destinación específica, se convertirían en la regla general cuando en la Carta ellas sólo excepcionalmente pueden consagrarse por el legislador”.

42 En materia de toma de posesión el artículo 59 de la Ley 142 de 1994, prevé las causales, modalidad y duración de los casos en los que el Superintendente de Servicios Públicos podrá tomar posesión de una empresa. Igualmente, la Corte Constitucional en la sentencia C-895 de 2012 señaló que: “La toma de posesión de empresas de servicios públicos domiciliarios tiene dos finalidades: (i) para administrar, cuyos propósitos fundamentales, entre otros, son los de garantizar la continuidad y calidad debidas del servicio y superar los problemas que dieron origen a la medida, de conformidad con los artículos 59,60-2, 61 y 121 de la Ley 142 de 1994, hasta por dos años; y ii) para liquidar, cuando no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa. Para el cumplimiento de estas dos finalidades, la Ley 142 de 1994 prevé tres tipos de toma de posesión: (1) con fines de administración (para superar las causas que dieron origen a la adopción de la medida); (2) con fines liquidatorios (implica medidas tales como la administración temporal, la solución empresarial, la reestructuración, vinculación de un gestor, de un operador especializado, o de capital); y (3) para liquidación, que implica que la empresa cesa su objeto social y se da inicio a lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes. Según lo que establece el numeral 60.2 del artículo 60 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 8 de la Ley 689 de 2011, cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida y el precepto agrega que si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa. No obstante, dado que debe garantizarse la continuidad del servicio público, no es posible ordenar la liquidación sin que se haya garantizado, aunque sea en forma transitoria, la prestación continua del servicio”.

43 El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos. Es de precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del mencionado estatuto su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados y los que se dicten no tendrán ningún efecto.

44 En esta línea, la sentencia C-734 de 2002 sostuvo que “la excepción a la prohibición general sólo está llamada a tener curso favorable cuando la imperatividad y la necesidad de una determinada inversión social, arriesga objetivamente con malograrse si la misma ha de sujetarse al proceso hacendístico general” (negrillas fuera de texto original). En el mismo sentido, ver sentencia C-317 de 1998. “No sobra advertir que es necesario justificar la renta de destinación específica con argumentos y hechos que vayan más allá de articular conexiones formales entre el objeto del ente y un determinado derecho social, ya que si sólo

dicho discurso fuera decisivo para adscribir una renta a un ente público, muchas poblaciones cuyas apremiantes necesidades vitales mínimas no son atendidas y los respectivos entes públicos que precariamente gestionan su satisfacción, entrarían a disputar el otorgamiento de una renta de destinación específica, seguramente con mayor derecho" (Negrillas fuera de texto original).

45 Gaceta 33/19.

47 Gaceta 135 de 2019, pág. 81.

48 Id.

49 Id., pág. 82.

50 Gaceta 33/2019. Exposición de motivos PND (Presentado conjuntamente en Cámara y Senado).

51 Gaceta 135/19 (Senado) Informe ponencia para primer debate. Gaceta 136/19 (Cámara) Informe ponencia para primer debate.

52 Gaceta 135/19. Pág. 13. Gaceta 136/19. Pág. 13.

53 Gaceta 135 y 136 de 2019. Pág. 80.

54 Gaceta 135 y 136 de 2019. Pág. 81.

55 Gacetas 651, 652 y 430 de 2019. Sesiones conjuntas comisiones económicas terceras del Senado y Cámara.

56 Gaceta 651 de 2019, pág. 25.

57 Gaceta 651 de 2019, pág. 25.

58 Gaceta 430 de 2019, pág. 18.

59 Gaceta 430 de 2019, pág. 18.

60 Gaceta 430 de 2019, pág. 18.

61 Gaceta 430 de 2019, pág. 19.

62 Corte Constitucional sentencias C-004 de 1993, C-583 de 1996, C-740 de 1999, C-569 de 2000, C-084 de 1995, C-227 de 2002, C-873 de 2002, C-228 de 2003, C-876 de 2002, C-891 de 2012, C-449 de 2015 y C-084 de 2019, C-481 de 2019, entre otras.

63 En la reciente sentencia C-278 de 2019, reiterada en la sentencia C-481 de 2019, la Corte señaló: "26. La reserva legal en materia tributaria y la correlativa exigencia de legitimidad democrática para las normas de índole fiscal, es una de las características definitorias del Estado constitucional. En efecto, el proyecto político liberal que lo precedió tuvo entre sus bases, en particular para el caso estadounidense, el principio de no taxation without

representation, el cual está enfocado a imponer como condición para la validez de la obligación tributaria la existencia de un procedimiento democrático participativo, así como la concurrencia de los sujetos destinatarios de los impuestos en dicho proceso de formulación normativa. A partir de esta premisa, la Constitución establece reglas precisas que confieren al Congreso la competencia amplia, exclusiva y general, para definir los impuestos".

64 Al anotado postulado, le subyace la idea según la cual, por regla general, la autoridad del Estado sólo puede decretar obligaciones tributarias siempre y cuando la colectividad, a través del órgano de representación popular, haya sido consultada, deliberado y manifestado su consentimiento en la etapa decisoria del proceso legislativo. Lo anterior, en la medida que los tributos afectan la esfera privada de los ciudadanos, al tomar parte de la propiedad privada de los contribuyentes. Así, este acto del Estado no puede ser unilateral, por más que tenga como fin garantizar cierto grado de redistribución para el mejoramiento de las condiciones sociales y colectivas. Corte Constitucional, sentencia C-481 de 2019.

65 Corte Constitucional, sentencia C-481 de 2019, entre otras.

66 La Contraloría General de la República en informe con cierre a 2017, destacó que Electricaribe S.A. E.S.P. es una empresa privada, pues Gas Natural Fenosa tenía el 85,38% de la empresa y la participación pública apenas ascendía al 10,1%. Disponible en https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/782041/2017+Informe+AE+Electricaribe.pdf/e375cc5d-8dee-

4950-b005-cb194c8d92a6?version=1.0

67 Corte Constitucional, sentencia C-305 de 2004.

68 Corte Constitucional, sentencia C-126 de 2020. Esta sentencia señaló que "El Plan Nacional de Desarrollo no es una herramienta para subsanar vacíos normativos existentes en otras leyes ordinarias. Es decir, si una política estatal enfrenta una falencia estructural, cuya naturaleza excede la órbita de acción de un gobierno, la medida legislativa adoptada para solucionar dicha falencia debe ser, por su naturaleza, de carácter permanente (…) Es decir, si la norma impugnada no fuera instrumental, o no regulara mecanismos puntuales de pago, sino que, por ejemplo, realizara intervenciones estructurales y permanentes al régimen de financiación de la salud, no cumpliría el requisito de unidad de materia pues desbordaría la naturaleza del plan y su vocación de temporalidad".

69 Corte Constitucional, sentencias C-219 de 2020 y C-068 de 2020.

70 Corte Constitucional, sentencia C-415 de 2020 y C-440 de 2020. https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%2040%20del%2023%20y%2024%20de%20septiembre%20de%202020.pdf-, mismo en el que se afirma que "políticas de largo aliento" deben ser tramitadas vía competencias ordinarias del Congreso.

71 Sentencia C-590 de 1992.

72 Sentencia C-221 de 2019.

73 Artículo 16 de la Ley 1955 de 2019.

74 Gaceta 999 de 2019, pág. 137. El representante Antonio Zabaraín señaló que “hay una confusión que yo quisiera aclarar, aquí no estamos hablando de Electricaribe, estamos hablando del sistema eléctrico del Caribe”.

75 Gaceta 135 de 2019, pág. 81. Intervención del Viceministro de Hacienda y Crédito Público en la sesión preparatoria del 19 de marzo de 2019.

76 Id. Intervención del representante Christian Moreno en la sesión preparatoria del 19 de marzo de 2019.

77 Id., pág. 82. Intervención de la Ministra de Minas y Energía en la sesión preparatoria del 20 de marzo de 2019. En el mismo sentido, las intervenciones de la senadora María del Rosario Guerra y del senador David Barguil en las sesiones conjuntas de Comisiones Terceras y Cuartas del Congreso de la República.

78 Gaceta 430 de 2019, pág. 18. Intervenciones del senador Efraín Cepeda en las sesiones conjuntas de Comisiones Terceras y Cuartas del Congreso de la República y en la Plenaria del Senado de la República.

79 Id.

80 Gaceta 999 de 2019, pág. 137. Intervención del representante Alfredo Deluque en la Plenaria de la Cámara de Representantes.

81 Fundamento jurídico 90.