

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-739 de
2008 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Tarifas en Servicios Públicos Domiciliarios, Vigencia y Aplicación de Subsidios

Magistrados Ponentes

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	NORMAS DEMANDADAS	3
3.	PROBLEMA JURÍDICO	6
4.	CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	7
5.	DECISIÓN.....	22
6.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	23

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-739 DE 2008 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Tarifas en Servicios Públicos Domiciliarios, Vigencia y Aplicación de Subsidios

Magistrado Ponente

Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

1. Introducción

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Fernando Rivera Ballesteros demandó la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 143 (parcial) de la Ley 1151 de 2007, “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*”.

2. Normas demandadas

Los textos acusados son del siguiente tenor literal:

***“LEY 1151 DE 2007
(julio 24)***

“POR LA CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2006-2010.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

“ ...

“Artículo 143. El numeral 87.9 del artículo 87 de la Ley 142 de 1993 (sic) quedará así:

“87.9 Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor. Las Comisiones de Regulación establecerán los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y mantenimiento de estos bienes.

“Lo dispuesto en el presente artículo no es aplicable cuando se realice enajenación o capitalización respecto de dichos bienes o derechos.” (Paréntesis fuera del original)

Argumentos de la demanda

Según se extrae del acápite de Antecedentes de la presente Sentencia, el demandante estima que cuando el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007 modificó artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994 para establecer que en lo sucesivo las entidades públicas pueden aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, *“siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor”*, desconoció las normas *ius* fundamentales relativas al valor de la solidaridad y al principio de igualdad, y las reglas superiores contenidas en los artículos 367 y 368 de la Carta, que sólo permiten que las entidades públicas otorguen subsidios a los estratos socioeconómicos menos favorecidos. Lo anterior por cuanto la condición contenida en la norma acusada, relativa no incluir el valor de dichos aportes en el cálculo de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, cobija ahora a todos los usuarios de los mismos y no solamente a los de los estratos subsidiables por ser los menos favorecidos, como lo prescribía el citado artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994, antes de la reforma introducida pro la norma demandada.

Además, dice el demandante que la norma acusada desconoce la prohibición constitucional de otorgar auxilios o donaciones a particulares, recogida en el artículo 355 superior, pues dado que el aporte de bienes o derechos que hacen las entidades públicas en las empresas de servicios públicos domiciliarios no implica enajenación, en la práctica equivale a un comodato o préstamo de uso, contrato típicamente gratuito.

Intervenciones

Las intervenciones oportunamente presentadas, todas ellas provenientes de entidades públicas, descartan la inconstitucionalidad de la disposición acusada, pero parten de diferentes interpretaciones de dicha norma. Así:

Intervención de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, aunque la disposición parece subsidiar indistintamente a todos los estratos socioeconómicos, en realidad ello no es así, porque históricamente se ha entendido que dicha norma cobija únicamente a los estratos de bajos recursos. De esta manera, el artículo acusado admite una interpretación armónica con la Constitución, conforme a la cual los aportes de que habla sólo pueden beneficiar a los usuarios de estratos subsidiables. En otras palabras, para la Superintendencia la norma sí se refiere a subsidios a la demanda (a los consumidores), pero debe ser entendida en el sentido según el cual los mismos cobijan sólo a los estratos subsidiables.

Intervención de la Contraloría General de la República

Por su parte, la Contraloría General de la República estima que, conforme a la Constitución, la tarifa de los servicios públicos se puede ver afectada por subsidios otorgados únicamente a los usuarios de menores recursos, pero no por aportes recibidos por la empresa de servicios públicos domiciliarios, como a su juicio sucede en este caso. Es decir, para la Contraloría no se está en presencia de subsidios a usuarios, sino de otra figura llamada por la ley “aportes” a las empresas.

Intervención del Ministerio de Hacienda

A su turno, el Ministerio de Hacienda explica que la finalidad de la norma acusada es *“suplir a las entidades prestadoras de los servicios públicos, de aquellos recursos que requieren para que los servicios no sean prestados sólo según los criterios de eficiencia empresarial, sino también en aquellos lugares en donde el pago de la tarifa no alcance a cubrir los costos en los que debe incurrir la empresa prestadora.”* A su parecer, la norma persigue *“subsidiar la demanda de los servicios públicos a través de aportes y bienes entregados a empresas prestadoras, con el fin de facilitarles, por fuera de la lógica empresarial, la prestación de los servicios públicos a las poblaciones menos aventajadas.”* La disposición se refiere a aportes correspondientes a obras financiadas por el Estado, que en cuanto no son costos para las empresas prestadoras del servicio, no tienen por qué verse reflejadas en la tarifa que estas cobran a los usuarios. Además, sostiene que este tipo de aportes no viola la prohibición constitucional de otorgar a auxilios o donaciones a particulares, porque esta prohibición no es absoluta y admite excepciones cuando dichos auxilios están legitimados en la necesidad de cumplir un fin constitucionalmente válido, como es garantizar la adecuada prestación de los servicios públicos esenciales.

Intervención de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

Para la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el Estado Social de Derecho lleva implícita no solamente la posibilidad de subsidiar a las clases económicamente más vulnerables, sino también de emprender obras que beneficien a la generalidad de los ciudadanos, y a esta posibilidad es a lo que se refiere la norma acusada. Ahora bien, el hecho de que el subsidio implícito en la norma abarque a todos los estratos socioeconómicos, no desconoce los principios de igualdad y solidaridad, pues las tarifas de los servicios públicos de todas maneras continúan involucrando subsidios a las clases menos favorecidas. De otro lado, no se viola la prohibición de otorgar auxilios o donaciones a particulares, toda vez que la norma no prevé subsidios a la oferta (a las empresas), sino a la demanda (a los consumidores).

Intervención del Ministerio de Minas y Energía

A su turno, el Ministerio de Minas y Energía sostiene una posición similar a la de su homólogo de Hacienda, al afirmar que al Estado le corresponde destinar recursos para la ejecución de proyectos de inversión, que permitan asegurar el acceso continuo de la

población a los servicios públicos esenciales. Que en este sentido, la norma se refiere a hipótesis en las cuales se construyen obras de infraestructura que luego son entregadas a las empresas prestadoras de servicios públicos que las operan, pero sin que los costos de construcción de dichas obras se vean reflejados en las tarifas.

Intervención del Departamento Administrativo de Planeación Nacional

Finalmente, el Departamento Administrativo de Planeación Nacional sostiene una posición parecida a la de la intervención anterior, al decir que la norma acusada se refiere al caso en el que las empresas de servicios públicos domiciliarios reciben recursos públicos para garantizar la eficiencia y la ampliación de la cobertura de los mismos; por lo cual no existe razón para que dichas empresas trasladen a los estratos altos y los comerciales e industriales costos en los cuales no incurrieron; de otro lado, señala que la norma regula un aporte del Estado a dichas empresas, que constituye una excepción a la prohibición de decretar auxilios o donaciones, justificada por la finalidad constitucional que persigue.

Intervención de la Procuraduría

La vista fiscal, por su parte, admite que como efecto de la norma acusada puede darse un favorecimiento general a todos los usuarios de los servicios públicos, sin atención a su estrato, pero que lo anterior no conlleva necesariamente la inexecutable de la disposición por desconocimiento de los principios de igualdad y de solidaridad, pues ella puede perseguir algunos fines constitucionales que la justifiquen, como la garantía de la correcta prestación de los servicios públicos. Tampoco desconoce la prohibición constitucional de otorgar auxilios o donaciones a particulares, pues la misma no tiene un carácter absoluto, y también admite excepciones justificadas por la necesidad de obtener fines constitucionalmente valiosos.

3. Problema Jurídico

De esta manera, para la Corte, tanto la demanda como las intervenciones y la vista fiscal revelan dos lecturas posibles del artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994, en su nueva redacción introducida por el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007. Esas dos interpretaciones son las siguientes: (i) La disposición permite otorgar subsidios a la demanda, es decir a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, bajo la forma de aportes de bienes o derechos que hacen las entidades públicas en las empresas de servicios públicos domiciliarios. Se trata de subsidios generales a la demanda, en la medida en que el valor dichos aportes no se ve reflejado en la tarifa de dichos servicios, en ningún estrato. (ii) La disposición regula una forma de subsidio a la oferta, es decir a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que reciben gratuitamente bienes o derechos de parte de entidades públicas para destinarlos al cumplimiento de su objeto social, esto es la prestación de dichos servicios.

La demanda formula varios cargos, pero ellos pueden agruparse en dos: uno primero, según el cual la norma es inconstitucional pues al conceder subsidios indistintamente

a todos los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, desconoce el valor constitucional de la solidaridad, el principio superior de igualdad y lo preceptuado por los artículos 376 y 368 superiores, conforme a los cuales el Estado puede conceder subsidios únicamente a la personas de menores ingresos, a fin de que puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.¹ Como puede verse, este cargo parte de la base de que la norma concede subsidios generalizados a la demanda, es decir a todos los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

El segundo de los cargos propuestos en la demanda parte de otro supuesto diferente: en efecto, conforme a esta segunda acusación la norma permite que las entidades públicas hagan aportes de bienes o derechos a título gratuito en las empresas de servicios públicos domiciliarios, bajo la modalidad de contrato de comodato o préstamo de uso. Así, estas últimas empresas se verían beneficiadas de una suerte de auxilios o donaciones de aquellas que expresamente proscribire el canon 355 constitucional.² Como puede verse, este segundo cargo de inconstitucionalidad se edifica sobre una interpretación de la norma conforme a la cual ella no concede subsidios a la demanda sino a la oferta, es decir a las empresas de servicios públicos domiciliarios y no a sus usuarios; estas empresas, en virtud de lo que dice la disposición, recibirían para sí mismas bienes o derechos a título gratuito.

Corresponde a la Corte precisar si efectivamente la norma acusada admite las dos interpretaciones reseñadas o solo una de ellas; para esos propósitos, acudirá a distintos métodos hermenéuticos; luego, en un segundo ejercicio, entrará a estudiar si la lectura o lecturas de la norma que resulten admisibles vulneran la Carta por desconocimiento del marco constitucional que regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en especial el valor de la solidaridad y el principio de igualdad que presiden su organización, o por violación de la prohibición superior de otorgar auxilios o donaciones a particulares.

4. Consideraciones de la Corte Constitucional

¹ “**C.P. ARTÍCULO 367.** La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.
“...”

“**C.P. ARTÍCULO 368.** La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.”

² **C.P. ARTÍCULO 355.** Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Los elementos de juicio inducen a la Corte a concluir que el propósito que persiguió el legislador a la hora de modificar la redacción del numeral 9 del artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994 fue adecuar el marco regulatorio de las tarifas y los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios, a fin de permitir el diseño de “*esquemas sostenibles de gestión*”³ para la prestación de dichos servicios, especialmente “*en áreas donde la prestación y cobro del servicio sea difícil.*”⁴; diseño normativo que garantizará el acceso universal de toda la población a dichos servicios.

Es decir, el legislador pretendió superar las barreras impuestas por el sistema de competencia y de mercado, que impiden hacer universal el acceso a los servicios públicos domiciliarios. Ciertamente, en ciertos casos, dicho sistema de libre competencia y mercado que ha sido diseñado por el legislador para prestación de los servicios públicos, por la naturaleza del servicio o de una de las fases de su prestación⁵, por las características de la población que lo demanda o por su ubicación geográfica⁶, o por otras circunstancias económicas⁷, no resulta adecuado para lograr la extensión de la cobertura del servicio hasta hacerla universal. Simplemente, en esas circunstancias económicas, las empresas prestadoras no estarán interesadas en ofrecer el servicio, porque no resulta económicamente atractivo para la ellas.

Para esos efectos, el legislador estableció que los aportes de bienes y derechos de entidades públicas en empresas de servicios públicos domiciliarios, cuando no implican enajenación o transferencia de dominio, ni corresponden a inversiones de capital, no deben reflejarse en las tarifas que se cobran a los usuarios. La norma está diseñada, evidencia la Corte a partir de sus antecedentes, especialmente para el caso de la entrega a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de grandes obras de infraestructura necesarias para dicha prestación, cuando por razones de gestión económica no sea posible que las mismas sean financiadas con cargo a la tarifa de los servicios públicos, ni aun considerando el componente de solidaridad implícito en ellas según las normas generales que regulan la materia.

La anterior conclusión concuerda también con las explicaciones del Ministerio de Minas y Energía incluidas en su intervención dentro del presente proceso, referentes a la intención legislativa que animó la reforma del citado numeral 9 del artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994. Al respecto, dicha Cartera expuso, entre otros argumento, los siguientes que merecen ser transcritos *in extenso*:

³ Exposición de Motivos al Proyecto de ley del Plan de Desarrollo Económico 2006-2010. Gaceta del Congreso N° 32, correspondiente al 8 de febrero de 2007.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Por ejemplo la fase de transmisión de energía por el sistema de interconexión eléctrica nacional.

⁶ Por ejemplo poblaciones ubicadas en localidades o municipios geográficos muy distantes, pertenecientes totalmente o en su inmensa mayoría a estratos económicos bajos, que deben ser atendidas por empresas con ámbitos de operación local o municipal. Tal es el caso, especialmente, del servicio de acueducto en localidades con dichas características.

⁷ Este puede ser el caso que la doctrina económica llama “monopolios naturales” que, como se verá más adelante, por definición se oponen al funcionamiento de modelos de libre competencia económica.

“... la norma contenida en el artículo 143 de la ley 1151 de 2007...busca aclarar qué tipo de tratamiento se puede dar a la infraestructura que es construida o a los derechos que son adquiridos con recursos del Presupuesto General de la Nación y que son utilizados para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

“Así, el artículo mencionado abre tres opciones para las entidades públicas que adquieren bienes o derechos de esta naturaleza: i) enajenarlos; ii) capitalizarlos en una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, caso en el cual el valor de estos bienes o derechos debe ser tenido en cuenta para efectos del cálculo tarifario; o iii) aportarlos en una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, caso en el cual el valor de estos bienes o derechos no debe ser incluido en el cálculo de las tarifas que se cobren al usuario final; para este mismo caso, las Comisiones de Regulación deben establecer los mecanismos necesarios para garantizar la reposición y el mantenimiento de estos bienes.

“...

***“Es preciso tener en cuenta que las empresas no atenderían zonas donde la gestión de la demanda no haría factible la remuneración de las inversiones realizadas para la prestación del servicio.** Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios realizan una gestión de prestación del servicio que en principio tiene que ver con la racionalidad empresarial que les es propia, orientada a la eficiencia en costos y calidad, bajo el principio de la remuneración de su actividad en forma razonable.*

“Aun en caso que las empresas estuvieran en capacidad de realizar las inversiones para adquirir tales bienes y/o derechos, esto podría representar un impacto tarifario significativo, especialmente si las mismas se concentran en un período relativamente corto.

“El Estado en cumplimiento de sus deberes constitucionales, en especial el establecido en el Artículo 365, ha establecido lineamientos de política orientada a aumentar la cobertura del servicio domiciliario de electricidad dentro del respeto a la libre empresa, que incluyen medidas en torno al financiamiento de las inversiones necesarias para aumentar dicha cobertura con cumplimiento de normas técnicas que permitan prestar el servicio con calidad a los usuarios que habitan áreas geográficas distantes de los centros de consumo, en las cuales habitan en su gran mayoría usuarios residenciales clasificados en los estratos 1 y 2”.

“...

“Por lo anterior, la Nación ha desarrollado esquemas de financiamiento de inversiones en infraestructura eléctrica a través de fondos especiales, para atender dichos usuarios potenciales...”

“ ...

“Es decir, el Estado busca asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes, con la conciencia de que como resultado de posibles barreras de mercado, las empresas no encuentran interés en invertir recursos de financiación para realizar inversiones tendientes a atender nuevos usuarios poco atractivos por las condiciones sociales, geográficas, económicas, ambientales en las que estos se encuentran. Son usuarios percibidos como de baja capacidad de pago, de poca demanda energética, alejados de los centros de consumo que requieren grandes inversiones en redes de interconexión, y que implican afectación en los resultados de gestión de las empresas reflejados en indicadores de pérdida de energía, de calidad del servicio y de la potencia.

“ ...

“Del modo anterior el Estado ha buscado vencer la barrera resultante del esquema de mercado, en cuanto a la necesidad de altas inversiones para conectar a estos usuarios potenciales que son poco atractivos para las empresas prestadoras, y que de otro modo no están obligadas a atender.

“ ...

“Ahora bien, la regulación del subsector eléctrico apunta a la eficiencia económica a través de la competencia, donde ella es posible. La prestación del servicio domiciliario exige el desarrollo de varias actividades separables que pueden o no ser competitivas. Este último caso corresponde a las actividades que implican monopolios naturales que son el de transmisión (para líneas que transmiten electricidad en niveles de tensión mayores o iguales a 220 kilovoltios) y el de distribución (para los demás niveles de tensión inferiores a 220 kilovoltios).”⁸

Como conclusiones de todo el ejercicio interpretativo anterior, la Corte extrae las siguientes:

a) A través de la norma acusada, el legislador ha diseñado una forma de subsidio generalizado a la demanda en los servicios públicos domiciliarios.

⁸ Intervención del Ministerio de Minas y Energía dentro del presente proceso. Ver expediente, folio 128.

b) Esta forma de subsidio opera mediante el aporte no constitutivo de capital que entidades públicas hacen en empresas de servicios públicos domiciliarios, aporte destinado a subsidiar a todos sus usuarios.

c) Antes de la expedición de la norma acusada, el numeral 9° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 regulaba un subsidio dirigido a la demanda únicamente en los estratos subsidiables y además concedía un subsidio a la oferta, en cuanto permitía trasladar a la tarifa de los estratos altos y los comerciales e industriales el valor de un aporte que las empresas recibían a título no oneroso; de esta manera, dichas empresas percibían un beneficio económico subvencionado por el Estado. La norma acusada, impide que esto último siga ocurriendo.

d) Con la expedición de la norma acusada –artículo 143 de la Ley 1151 de 2007-, ella vino a regular un subsidio generalizado a la demanda, y a excluir la posibilidad de subsidios a la oferta, mediante el mecanismo de aportes no capitalizables de entidades públicas en empresas de servicios públicos domiciliarios.

e) La finalidad que persiguió el legislador al consagrar la anterior modificación legislativa fue adecuar el marco regulatorio de las tarifas y los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios, a fin de permitir el diseño de *“esquemas sostenibles de gestión”*⁹ para la prestación de dichos servicios, especialmente circunstancias o en *“en áreas donde la prestación y cobro del servicio sea difícil”*¹⁰, dentro de un sistema de libre competencia; diseño normativo que garantizará el acceso universal de toda la población a dichos servicios.

Precisado el alcance normativo de la disposición acusada y la intención legislativa que animó su expedición, pasa la Corte a hacer el examen de constitucionalidad que le compete.

Estudio de constitucionalidad del artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, que modificó el numeral 9° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Examen del cargo de inconstitucionalidad aducido por el presunto desconocimiento del valor de la solidaridad y del principio de igualdad.

Como se dijo, el primer cargo de inconstitucionalidad aducido en la demanda consiste en afirmar que el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, que modificó el numeral 9° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, es inexecutable porque cuando permite que las entidades públicas hagan aportes no constitutivos de capital en las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin que el valor de los mismos se vea reflejado en la tarifa, implícitamente está otorgando subsidios en forma indistinta a todos los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, sin consideración a su estrato. Con lo cual se vulnera el artículo 13 superior, toda vez que ubica en una misma situación a todos los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, desconociendo que para estos

⁹ Exposición de Motivos al Proyecto de ley del Plan de Desarrollo Económico 2006-2010. Gaceta del Congreso N° 32, correspondiente al 8 de febrero de 2007.

¹⁰ *Ibidem*.

propósitos no existe tal igualdad. Pues en esta materia, el principio de igualdad exige hacer un ejercicio de “discriminación positiva” que impide conceder un tratamiento idéntico a todos los usuarios de los servicios públicos. Además, la norma acusada ignora que el valor de la solidaridad impide dar este tipo de subsidios en forma generalizada, ya que el artículo 368 superior sólo abre la posibilidad de que las entidades territoriales y las descentralizadas por servicios otorguen subsidios para los estratos socioeconómicos menos favorecidos.¹¹

A juicio de la Corte, el anterior cargo de inconstitucionalidad parte de un contenido normativo que efectivamente está presente en la norma acusada. Ciertamente, como antes se concluyó, ella concede un subsidio generalizado a la demanda, que opera mediante aportes no constitutivos de capital que entidades públicas hacen en empresas de servicios públicos domiciliarios, destinados a subsidiar a todos los usuarios de dichas empresas.

No obstante, estima esta Corporación que dicho cargo parte de una lectura aislada del texto constitucional, que repara únicamente en el valor de la solidaridad y en el principio de igualdad, que ciertamente deben proyectarse sobre todo el ordenamiento jurídico; pero ignora la existencia de otras normas superiores que le asignan al Estado un deber de garantía en la correcta prestación de los servicios públicos domiciliarios, dada la relación que los mismos tienen con la eficacia de ciertos derechos fundamentales. Así mismo, el cargo olvida que, conforme a la interpretación que arroja el estudio de sus antecedentes legislativos, la norma acusada opera como un mecanismo para lograr la eficiencia y universalidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en aquellas “áreas donde la prestación y cobro del servicio sea difícil”¹², o a fin de permitir “esquemas sostenibles de gestión”¹³, dentro de un sistema de libre competencia;

En efecto, aparte de las normas constitucionales conforme a las cuales la solidaridad y la igualdad deben presidir la organización y la prestación de los servicios públicos domiciliarios¹⁴, el marco constitucional del régimen de los servicios públicos de esta naturaleza contiene otras indicaciones que pasan desapercibidas para el demandante. En primer lugar, el artículo 365 superior señala que “*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado*”, por lo que es deber suyo “*asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*”¹⁵ Adicionalmente, dice la Carta que es objetivo fundamental de la actividad del Estado dar solución a las

¹¹ **C.P. ARTÍCULO 368.** La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

¹² Exposición de Motivos al Proyecto de ley del Plan de Desarrollo Económico 2006-2010. Gaceta del Congreso N° 32, correspondiente al 8 de febrero de 2007.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Cf. C.P. Artículo 367.

¹⁵ Subraya la Corte

necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento ambiental y de agua potable. (C.P. Artículo 366). De otro lado, el mismo artículo 365 antes citado afirma que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. De esta manera, en materia de prestación servicios públicos domiciliarios el legislador tiene libertad para permitir un esquema de competencia económica y libertad de empresa. No obstante lo anterior, en este último caso el logro de la finalidad social ínsita en el correcto suministro de dichos servicios no puede quedar librado a las fuerzas del mercado, sino que es deber estatal intervenirlo o regularlo a fin de *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”*¹⁶ En este sentido la jurisprudencia ha vertido estos elocuentes conceptos:

“Si bien es cierto que, tal como lo establece el artículo 365 Superior, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, **el logro de las finalidades sociales que justifican su prestación no esta totalmente librada a las condiciones del mercado.** Por ello, para asegurar el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado social de derecho (artículo 365 de la C.P.), y de lograr el objetivo fundamental de la actividad estatal consistente en dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366 de la C.P.), el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos. Tal como lo resaltó la Corte recientemente, tan *“importante es el mencionado objetivo constitucional que el Constituyente ha previsto incluso la posibilidad de establecer, por razones de soberanía o de interés social, por iniciativa del Gobierno y mediante ley, un monopolio estatal en materia de servicios públicos previa la plena indemnización a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita (art. 365 inc. 2 de la C.P.)”*¹⁷

“La intervención estatal en esta materia se justifica no sólo para garantizar el cumplimiento de los fines sociales, sino también para corregir las imperfecciones del mercado en materia de condiciones de competitividad, o para protegerlo de acciones orientadas a romper el equilibrio que debe regirlo.”¹⁸ (Negrillas y subrayas fuera del original)

Así pues, lo que la Corte percibe es que a la hora de regular la eficiente prestación de los servicios públicos domiciliarios, el legislador encuentra una diversa categoría de límites. Unos de ellos provienen de los preceptos constitucionales concernientes a la solidaridad y al derecho a la igualdad que presiden su prestación, y que le exigen establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos, que responda a dichos criterios de equidad y solidaridad (C.P. Arts. 367 y 368). No obstante,

¹⁶ Subraya la Corte

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 2003, MP: Manuel José Cepeda, ya citada.

¹⁸ Sentencia C-741 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

existen otra categoría de límites que se derivan de la necesidad de garantizar la eficacia de otros derechos fundamentales y que le exigen diseñar un régimen legal de los servicios públicos que permita asegurar: (i) la *calidad* y la *eficiencia* del servicio público y su aptitud para satisfacer las necesidades básicas los usuarios (C.P. Art. 367); (ii) la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (C.P. Art. 366), y (iii) la ampliación permanente de la cobertura hasta que llegue a cobijar a todos los habitantes del territorio nacional (C.P. Art. 365). Lo anterior por cuanto de la eficiente, permanente y universal prestación de los servicios públicos domiciliarios depende, como se dijo, la eficacia de una gama amplia de derechos fundamentales asociados a ellos, tales como la vida, la salud, la educación, la información, la vida digna, etc., y no solamente la igualdad y la solidaridad como lo postula el demandante.

De esta manera, la reglamentación legal no puede restringirse a desarrollar uno solo de los criterios que presiden la prestación de los servicios públicos, sino que debe considerarlos todos. En este sentido, la Corte ha hecho ver lo siguiente:

“... la eficiencia, la continuidad y la universalidad de la cobertura de los servicios públicos son fines legítimos y, además, constitucionalmente importantes para el logro del bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y para la realización de los fines del Estado Social de Derecho. En efecto, tal como lo establece el artículo 365 Superior, el Estado debe asegurar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente en todo el territorio nacional. Por su parte, el artículo 367 constitucional, junto con el artículo 365, resaltan el deber del Estado de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Igualmente, de conformidad con el artículo 366 de la Carta, la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento básico y de agua potable es un objetivo fundamental de la actividad del Estado, y está orientado a la consecución de los fines sociales del Estado. **Y por ello, tal como lo consagra el artículo 365, inciso 2 de la Carta, “el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios,”** ya sea que sean prestados *“directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares.”*¹⁹

La norma acusada, como se ha dicho, permite conceder subsidios generalizados a la demanda de servicios públicos domiciliarios, por lo que aparentemente entraría en contradicción con lo prescrito por el artículo 368 superior, conforme al cual *“(l)a Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.”* No obstante, a juicio de la Corte dicha contradicción es tan sólo aparente. A esa conclusión arriba por las siguientes razones:

¹⁹ *Ibídem.*

a) Porque el artículo 368 constitucional se refiere a subsidios públicos presupuestales directos, destinados exclusivamente a que las personas de escasos recursos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, necesarios para atender únicamente sus necesidades básicas. En efecto, esta norma superior autoriza a la Nación y a las entidades territoriales para asignar partidas dentro de su presupuesto, orientadas al mencionado fin. Al parecer de la Corte, este no es el supuesto de hecho que regula la disposición acusada. En este caso, lo que el legislador autoriza es la posibilidad que tienen las entidades públicas de conceder subsidios indirectos a la demanda, canalizados a través de las empresas de servicios públicos, subsidios no contemplados en partidas presupuestales, sino representados en aportes de bienes o derechos no capitalizables, que se entregan a dichas empresas; se trata pues de subsidios que generalmente consisten en la entrega de obras de infraestructura para ser usadas en la prestación del servicio respectivo, cuyo costo de utilización no se traslada a la tarifa. Su objeto y justificación, como lo revela el estudio de los antecedentes legislativos de la norma, es favorecer en ciertos lugares y circunstancias *“esquemas sostenibles de gestión”*²⁰, que permitan la ampliación de la cobertura del servicio y superación de las imperfecciones del mercado. Pues tal y como lo explica una de las intervenciones oficiales, en un sistema de mercado normalmente las empresas no están dispuestas a atender la demanda de servicios públicos domiciliarios en zonas donde la gestión de dicha demanda no hace factible la remuneración de las inversiones que es necesario realizar para la prestación del servicio. En estas circunstancias, la ampliación de la infraestructura para llegar a todos los habitantes del territorio nacional, especialmente en lugares apartados y poblados exclusivamente por personas de bajos recursos, se hace económicamente imposible si se considera que debe ser cubierta exclusivamente con fundamento en las tarifas del servicio. Además, existen en ciertos casos *“monopolios naturales”*²¹ en la actividad de prestación de servicios

²⁰ Exposición de Motivos al Proyecto de ley del Plan de Desarrollo Económico 2006-2010. Gaceta del Congreso N° 32, correspondiente al 8 de febrero de 2007.

²¹ La literatura especializada explica que un monopolio es una situación permanente del mercado, donde sólo existe un proveedor para un producto o servicio. “Los monopolios se caracterizan por la falta de competencia para el bien o servicio que proveen y por la carencia de un sustituto viable. La literatura describe una serie de formas para un monopolio, entre las que se incluyen: monopolio legal, monopolio de eficiencia, monopolio natural, monopolio local, etc....

“Un monopolio natural ocurre cuando las economías de escala son de tal magnitud que una única empresa es capaz de satisfacer toda la demanda de forma más eficiente que un grupo de empresas en competencia.

Los monopolios naturales nacen en industrias con altos costos de capital relativo a los costos variables y al tamaño del mercado, generando grandes barreras de entrada, dicho de otra manera, una firma es un monopolio natural cuando los costos de capital son tan altos que deja de ser viable económicamente para una segunda firma ingresar al mercado y competir.” (Información obtenida el 23 de mayo de 2008 por el despacho del magistrado sustanciador en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ing.puc.cl>). Es decir, un monopolio natural es un caso particular de monopolio, en el cual una empresa está en capacidad de satisfacer todo el mercado con un costo menor que si hubiera varias empresas compitiendo.

En materia de transmisión de energía eléctrica, para citar un ejemplo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) ha definido que dentro del esquema regulatorio definido por las Leyes 142 y 143 de 1994 y las reglamentaciones de dicha Comisión, la prestación del servicio eléctrico se divide en cuatro

públicos, como el que se genera en la explotación y utilización de la infraestructura de interconexión y de distribución eléctrica, por lo cual en este terreno un esquema de mercado competitivo, por sustracción de materia, no está llamado a funcionar. En estas condiciones, se exige que el Estado intervenga y diseñe estrategias, como la autorizada en la norma, que eviten abusos contra los usuarios y permitan garantizar la efectiva financiación y prestación de los servicios públicos a todos los habitantes, como es su deber constitucional.

En conclusión, al parecer de la Corte el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007 no vulnera el artículo 368 superior, porque esta última norma, que permite a las entidades territoriales conceder subsidios representados en partidas presupuestales destinadas a que personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, no regula la misma situación de hecho que describe la norma legal acusada. En ésta no se trata de partidas presupuestales, sino de aportes no capitalizables de obras de infraestructura, destinados a superar las barreras del mercado cuando las mismas impiden asegurar la prestación eficiente y universal de los servicios públicos domiciliarios.

b) De otro lado, la Corte observa que aun admitiendo que el artículo 368 superior constituyera una prohibición para otorgar los subsidios generalizados a la demanda, que cobijara la clase de aportes a que se refiere la norma acusada, tal prohibición constitucional no podría interpretarse de manera absoluta, pues sería menester ponderarla a fin de hacerla compatible con los otros criterios constitucionales que presiden el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, cómo se ha visto, se presentan casos en los cuales el sistema de mercado constituye una barrera para la prestación del servicio público domiciliario. Ello sucede en varios eventos: por ejemplo, por razones geográficas (usuarios muy aislados o ubicados en zonas de difícil acceso), o por circunstancias socio económicas (la presencia en determinada zona o municipio de una demanda compuesta prioritariamente por consumidores de estratos bajos), o porque se dan los supuestos de lo que se ha llamado un “monopolio natural”. Circunstancias todas estas que hacen que, con cargo a las tarifas, aun incluyendo las pagadas por los usuarios de estratos altos con el componente de subsidio que ellas conllevan, no sea posible que las empresas lleguen a tener interés en la gestión del negocio. En estos casos, ante la exigencia constitucional que le impone al Estado asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios en términos de eficiencia y de universalidad, no es posible pretender el diseño de un sistema de financiación que acuda exclusivamente a las tarifas y a los subsidios o contribuciones de solidaridad de los estratos altos, siendo necesario el aporte de las entidades públicas para contribuir al logro de la finalidad social del Estado, ínsita en la correcta prestación de dichos servicios.

actividades independientes: Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización, cada una de ellas con remuneración independiente. De estas, la transmisión y la distribución comprenden actividades de transporte de energía por redes públicas, que comprenden monopolios naturales y, por lo tanto, deben estar sujetas a regulación de tarifas para evitar abusos y proteger a los usuarios. Cf. Concepto CREG 950628 de 1995

Así pues, la ponderación entre los principios de solidaridad y de igualdad, que le exigen al legislador establecer un régimen tarifario proporcional y equitativo para los sectores de bajos recursos, que involucre mecanismos de redistribución de ingresos entre las distintas clases sociales, de un lado, y de otro la orden constitucional que le impone al Estado asegurar, en todos los casos, la eficiente y universal prestación de los servicios públicos domiciliarios, exige interpretar el artículo 368 de la Constitución en el sentido según el cual la autorización de conceder subsidios solamente a los estratos bajos de la población, no cobija aquellos supuestos de hecho en que por diversas razones económicas o de mercado sea menester que el Estado intervenga la economía asumiendo la construcción de obras de infraestructura o adquiriendo derechos necesarios para lograr dicha prestación eficiente y universal a todos los habitantes del territorio nacional.

Esta intervención del Estado para corregir las deficiencias del mercado, cuando ellas repercuten de la posibilidad de alcanzar la finalidad social implícita en la correcta prestación de los servicios públicos domiciliarios ha sido constitucionalmente justificada por esta Corporación en los siguientes términos:

“La Corte subraya que la Constitución define la libre competencia como un derecho, una de cuyas consecuencias consiste en que, en condiciones de mercado, ninguno de los actores puede fijar de manera arbitraria el precio de los bienes o servicios disponibles para la compra o la venta, sino que su precio es consecuencia de la interacción de la oferta y la demanda. De esta forma, el sistema de precios depende de un equilibrio impersonal, que resulta de esta misma interacción, y no de los intereses o de los caprichos de algunos de los actores económicos²².

“En este orden de ideas, la participación de los oferentes en el mercado y su obtención de ganancias depende de que vendan bienes o servicios en iguales o mejores condiciones que sus competidores. En un mercado competitivo,

²² La Corte Constitucional sostuvo, en el mismo sentido, que “[u]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores” (Sentencia C-616 de 2001; M.P. Rodrigo Escobar Gil, precitada).

los resultados de un oferente dependen, en principio²³, de su propia eficiencia y de la eficiencia de sus competidores y no de actuaciones contrarias al mercado.

“Pero, en realidad, son los compradores (entre quienes se incluyen, por ejemplo, los usuarios de los servicios públicos) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, **cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.**

“La literatura sobre "fallas del mercado" versa sobre este problema.²⁴ **Fenómenos tales como** las externalidades, la ausencia de información perfecta, **los monopolios naturales y las barreras de entrada o de salida**, competencia destructiva, **entre otros, conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras.**

“Esta Corporación ha analizado situaciones en las que se pone de presente que, en determinadas oportunidades, una falla del mercado puede devenir en un problema constitucionalmente relevante. En efecto, la Corte se ha pronunciado sobre asuntos relacionados con problemas de información²⁵, oferta limitada y abuso de posición

²³ Obviamente, también son relevantes otros factores, tales como la capacidad de responder a las preferencias y gustos variables de los consumidores o la publicidad y el mercadeo.

²⁴ Por ejemplo, desde una perspectiva general sobre diferentes "fallas de mercado", ver: Stephen Breyer. *Regulation and its Reform*. Harvard University Press. Cambridge, 1982; Richard J. Pierce, JR. and Ernest Gellhorn, *Regulated Industries*. West Publishing Co, 1994; y Jeffrey L. Harrison. *Regulation and Deregulation. Cases and Materials*. West Publishing Co. ST. Paul, Minn, 1997.

²⁵ Por ejemplo, la Corte ha puesto de presente que el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la Constitución permite la existencia de bases de datos, cuya finalidad es garantizar la posibilidad de acceder a información relevante para el mercado. En efecto, "la información veraz en materia financiera protege la estabilidad del sector, pues el otorgamiento de créditos es una actividad que implica riesgos, y por ello es legítimo que las entidades financieras busquen conocer el comportamiento pasado de los aspirantes a préstamos". Sentencia C-687 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett (En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, el cual fijaba un término de caducidad de los datos financieros negativos de los deudores. La Corte consideró que tal asunto regulaba directamente el derecho fundamental al *habeas data*, razón por la cual, al ser una ley ordinaria, violaba la reserva de ley estatutaria). No obstante, "la consagración de un término de caducidad

dominante²⁶, **bienes o servicios que el mercado no proporciona de manera eficiente**²⁷, barreras de ingreso al mercado²⁸, externalidades²⁹,

del dato financiero regula estructuralmente el habeas data en materia financiera, pues establece las condiciones de tiempo en que las personas pueden exigir que sea removida una información negativa, que figura en una determinada base de datos" (Ibídem).

²⁶ Por ejemplo, en la Sentencia T-375 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte concedió una tutela interpuesta por un fabricante de velas que había interpuesto una queja de carácter comercial contra la accionada, razón por la cual ésta le había suspendido el suministro de la materia prima (parafina) que requería para la elaboración de las velas. Esta Corporación constató que en la región sólo la accionada distribuía parafina, de manera que la suspensión en el suministro, implicaba para el accionante la imposibilidad de continuar con su actividad económica. La Corte sostuvo: "La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333)".

²⁷ Por ejemplo, en la Sentencia T-604 de 1992; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional decidió una tutela interpuesta por un accionante residente en una zona periférica de una ciudad que consideraba que la omisión de la empresa transportadora encargada de prestar ese servicio público vulneraba su derecho a la libre locomoción, pues no recorría toda la ruta asignada. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. Esta Corporación sostuvo que el transporte público era necesario para garantizar la vigencia de varios derechos fundamentales, que la ruta en su totalidad era rentable y que por lo tanto la empresa tenía la obligación constitucional de cubrir el recorrido completo.

²⁸ Por ejemplo, en la Sentencia T-425 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), la Corte conoció de una tutela interpuesta por un accionante a quien se le había prohibido tener máquinas de juegos electrónicos en un establecimiento de comercio, de acuerdo con las normas locales expedidas por el concejo municipal respectivo. La Corte sostuvo que sólo el Congreso tiene facultades para limitar la libertad económica de los ciudadanos.

²⁹ Por ejemplo, en la Sentencia T-437 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte concedió la tutela interpuesta por una accionante cuyo vecindario era utilizado como terminal de una empresa de transporte. Una de las razones que acompañaron la decisión consistió en que "la empresa accionada utiliza el espacio público, de manera ilegítima y por fuera de lo contemplado en las normas pertinentes, para fines meramente privados –la realización de una actividad empresarial".

competencia destructiva³⁰ entre otros, en los que se muestra cómo, **en ciertas circunstancias, las fallas del mercado afectan los derechos y valores consagrados en la Constitución, lo cual conlleva a la necesaria intervención estatal para orientar el mercado hacia condiciones de libre competencia y de asignación eficiente de bienes y servicios a todos los habitantes del territorio nacional.**

“Así pues, la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado...".³¹

Así las cosas, la norma acusada, en cuanto regula un forma de intervención del Estado para corregir imperfecciones del sistema de mercado, permitiendo que en esas circunstancias bienes o derechos públicos se destinen gratuitamente a prestar los servicios públicos domiciliarios, no desconoce la Constitución, particularmente las normas referentes al derecho a la igualdad, y la principio de solidaridad, en especial el artículo 368 superior.

c) Adicionalmente, la Corte observa que, a pesar del subsidio generalizado a la demanda que se autoriza en la norma acusada, de todas maneras el régimen legal de las tarifas y los subsidios, que permanece vigente y sigue aplicándose, continua involucrando sus elementos tradicionales de solidaridad. En efecto, dicho marco tarifario de todas maneras continúa previendo subsidios para los estratos bajos y también sobre costos en función de la capacidad adquisitiva de los usuarios.

Adicionalmente, como lo hacen ver varias de las intervenciones, los recursos públicos con los cuales se construyen las obras de infraestructura o se adquieren los derechos que luego son aportados a empresas de servicios públicos domiciliarios en virtud de lo dispuesto por la norma acusada, provienen de los ingresos de la Nación o de las entidades territoriales, prioritariamente de naturaleza tributaria, que *per se* involucran factores de proporcionalidad, progresividad, solidaridad y redistribución de ingresos. En otros casos dichos recursos provienen de fondos públicos constituidos con base en contribuciones parafiscales, que involucran elementos de la misma naturaleza.³² De esta manera, el mecanismo de financiación de las obras, bienes o derechos a que se refiere el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007 no es desproporcionado, de cara al

³⁰ Este tema ha sido estudiado por la Corte en sentencias de ratificación de tratados internacionales. Al respecto, consultar las sentencias C-178 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), C-334 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y C-581 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

³¹ Sentencia C-150 de 2003, M.P. Manule José Cepeda espinosa.

³² Entre estos fondos el Ministerio de Minas y Energía menciona, entre otros, el “Fondo Especial “Cuota de fomento de gas natural”, el “Fondo de apoyo financiero para la energización de zonas no interconectadas”, el “Fondo de apoyo financiero para la energización de zonas rurales no interconectadas”, el Programa de normalización de redes”, etc, creados por diversas leyes.

respeto de los principios constitucionales de igualdad y de solidaridad, pues involucra factores que hacen efectivos dichos mandatos constitucionales.

d) Finalmente, debe la Corte aclarar que aunque el numeral 9° del artículo 87.9, en la redacción que tenía antes de la reforma introducida por la disposición acusada, concedía un subsidio a la demanda pero dirigido solamente a los estratos subsidiables, mientras que el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, que modificó esa disposición, concede un subsidio generalizado a la demanda justificado por la necesidad de superar las barreras de mercado que impiden la eficiente y universal prestación del servicio público en ciertos casos, ello no implica ninguna regresión en materia de derechos económicos o sociales. Ciertamente, los usuarios de los estratos bajos que antes eran los exclusivos beneficiarios del subsidio, continúan siendo beneficiarios del mismo. En realidad, el efecto de la reforma, como antes se dijo, consiste en evitar que las empresas de servicios públicos domiciliarios cobren a los usuarios de estratos no subsidiables el valor de uso de unos bienes o derechos que reciben gratuitamente de manos de entidades públicas.

Examen del cargo de inconstitucionalidad aducido por el presunto desconocimiento de la prohibición constitucional de conceder auxilios o donaciones a particulares, recogida en el artículo 355 de la Constitución.³³

Como se recordará, uno de los cargos propuestos en la demanda consiste en afirmar que en virtud de lo dispuesto por la norma acusada, una entidad pública entrega el usufructo de unos bienes a una empresa de servicios públicos domiciliarios, reservándose tan sólo la propiedad de los mismos. Por lo cual, la relación jurídica equivale a un contrato gratuito de comodato o préstamo de uso que permite que la entidad de servicios públicos que recibe el aporte adquiera el derecho al uso y goce de un bien, sin tener que pagar contraprestación alguna; lo cual es prueba de que está recibiendo un auxilio o donación en especie, expresamente prohibido por la Constitución.

Al respecto, después de haberse adentrado a dilucidar el verdadero alcance de la norma acusada, la Corte estima que el anterior cargo de inconstitucionalidad parte de una inadecuada comprensión de la misma. En efecto, dicha acusación parte de una lectura de la disposición según la cual las empresas de servicios públicos domiciliarios que reciben aportes no constitutivos de capital de parte de entidades públicas, destinados a la prestación del servicio, acaban percibiendo un beneficio económico sin tener que pagar contraprestación alguna. Como anteriormente se vio, no corresponde a la realidad que dichas empresas receptoras de tales aportes obtengan enriquecimiento alguno como fruto de los mismos. En efecto, si bien reciben los bienes a título gratuito, lo que la norma dispone es justamente que en ningún caso pueden trasladar el valor de uso de los mismos a la tarifa que cobran a los usuarios, por lo cual en realidad no

³³ **C.P. ARTÍCULO 355.** Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

obtienen ningún lucro en la operación. No hay un enriquecimiento económico para las empresas, derivado de la utilización del aporte recibido.

Recuérdese que, según ha sido explicado por esta Corporación, *“el auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de **una erogación fiscal en favor de un particular** sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo.”*³⁴ (Negrillas y subrayas fuera del original). En el presente caso no hay ningún favorecimiento económico, representado en un enriquecimiento de la empresa receptora. Respecto de lo que recibe en forma no onerosa (el uso de unos bienes o derechos), debe permitir un uso igualmente gratuito a los destinatarios del servicio público que presta. Ciertamente, este uso no puede ser facturado a dichos usuarios.

En su redacción anterior, como se vio, el numeral 9° del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 sí permitía cobrar a los estratos 4, 5 y 6, y a los comerciales e industriales, el valor de uso de los bienes o derechos aportados gratuitamente por las entidades públicas a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Pero tras la reforma introducida por el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007, la posibilidad de que ese valor sea trasladado a la tarifa quedó excluida en todos los estratos. Por lo cual, hoy en día no es posible estimar que la norma conceda ningún subsidio a la oferta, presupuesto sobre el cual se funda el presente cargo de inconstitucionalidad. En tal virtud, el mismo se despachará como improcedente.

Constitucionalidad de la norma acusada.

En las líneas anteriores la Corte ha explicado por qué la expresión acusada del artículo 143 de la Ley 1151 de 2007 no desconoce los principios constitucionales de solidaridad e igualdad que presiden la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en cuanto ella prevé un mecanismo para lograr esquemas sostenibles de gestión económica de dichos servicios, en áreas geográfica o en circunstancias en las cuales la prestación de los mismos sea difícil si deben ser financiados exclusivamente con cargo a la tarifa, incluido el componente de subsidios que ellas usualmente involucran según la ley.

Así las cosas, con fundamento en la anterior conclusión, en la parte resolutive de la presente decisión se declarará la constitucionalidad de la expresión *“87.9 Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor”*, contenida en el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007.

5. Decisión

La Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió el presente caso en los siguientes términos:

³⁴ Sentencia C-254 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “87.9 Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios y que en el presupuesto de la entidad que autorice el aporte figure este valor”, contenida en el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007.

6. Análisis y conclusiones

➤ La Corte Constitucional precisó respecto del sentido de la norma la forma como debe hacerse la interpretación literal en el ejercicio del control de constitucionalidad, por lo que a juicio de la Corte, la expresión “Las entidades públicas podrán aportar bienes o derechos a las empresas de servicios públicos domiciliarios” permitiría entender que la norma regula una forma de subsidio a la oferta, es decir de apoyo a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, mediante un mecanismo que consistiría en entregarles tales bienes o derechos, sin que medie enajenación de los mismos, y sin que sean considerados aportes de capital, pero la expresión “siempre y cuando su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios...” permite entender que la norma concede un subsidio a la demanda, es decir a los usuarios. En efecto, esta frase induce a entender que los aportes de bienes o derechos de que habla la disposición se destinan a la prestación del servicio público, pero el costo económico de esta utilización no se ve reflejado en la tarifa, por lo cual, en últimas, los beneficiados son los usuarios. La aparente contradicción anterior puede aclararse si se aprecia que, dado que la empresa prestadora del servicio público recibe a título gratuito el aporte, pero luego no puede cobrar su valor a los usuarios, en realidad no está obteniendo ningún beneficio económico al recibir dicho aporte, por lo cual es válido concluir que lo que en realidad sucede es que recibe un aporte destinado a subsidiar a los usuarios. Se trata, por lo tanto, de un subsidio indirecto a la demanda, canalizado a través de las empresas de servicios públicos domiciliarios que reciben los aportes de que habla la disposición. Así pues, no hay subsidio a la oferta, pues las empresas no obtienen ningún beneficio económico, sino un subsidio indirecto a la demanda.

➤ Frente a la determinación del propósito de la norma, esto en cuanto a la interpretación sistemática o contextual de la norma acusada señaló la Corte que entiende que el propósito perseguido por el legislador con la norma acusada es dar un criterio, entre otros, para la definición de las tarifas que se han de cobrarse a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios; criterio según el cual el valor de los bienes o derechos que las entidades públicas aportan a las empresas de servicios públicos domiciliarios, como por ejemplo lo son las obras de infraestructura construidas con recursos públicos, no debe incluirse para el cálculo de dichas tarifas.

➤ En cuanto a la interpretación histórica de la norma acusada señaló la Corte que antes de la reforma introducida por la norma demandada, el criterio

acogido por el legislador era aquel según el cual el valor de los aportes de entidades públicas en empresas de servicios públicos domiciliarios no debía incidir en la tarifa pagada por usuarios “de los estratos subsidiables”, con lo que se revela que ella concedía un subsidio a la demanda, pero dirigido solamente a los estratos subsidiables. A partir de la reforma introducida por la norma acusada, dicho criterio indica que el valor de esos aportes no debe verse reflejado en la tarifa que haya de cobrarse a ninguno de los usuarios del respectivo servicio, sin consideración a su estrato. Así pues, la Corte concluye que en su redacción anterior la disposición concedía un subsidio a la demanda en los estratos bajos y también un subsidio a la oferta, representado en la utilidad que las empresas percibían por el traslado a los estratos no subsidiables de un costo en el que no habían incurrido. De esta manera, la modificación legislativa consistió en dos cosas: (i) generalizar el subsidio a la demanda extendiéndolo a todos los estratos; (ii) eliminar el subsidio a la oferta implícito en la redacción anterior de la disposición.

➤ En lo atinente a la finalidad perseguida por el legislador al consagrar modificación en ley de servicios públicos fue adecuar el marco regulatorio de las tarifas y los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios, afirmó la Corte que la finalidad que persiguió el legislador al modificar la redacción del numeral 9 del artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994 fue adecuar el marco regulatorio de las tarifas y los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios, a fin de permitir el diseño de esquemas sostenibles de gestión para la prestación de dichos servicios, especialmente en áreas donde la prestación y cobro del servicio sea difícil; dentro de un sistema de libre competencia; diseño normativo que garantizará el acceso universal de toda la población a dichos servicios.

➤ Respecto de la eficiencia y universalidad en la prestación de los servicios públicos dentro de un esquema de libre competencia, señaló la Corte Constitucional que conforme a la interpretación que arroja el estudio de sus antecedentes legislativos, la norma acusada opera como un mecanismo para lograr la eficiencia y universalidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en aquellas áreas donde la prestación y cobro del servicio sea difícil, o a fin de permitir esquemas sostenibles de gestión, dentro de un sistema de libre competencia.

➤ Frente a la concesión de subsidios indirectos a la demanda representados en aportes de bienes o derechos que se entregan a empresas de servicios públicos, no capitalizables, indicó la Corte que no vulnera la constitución, pues lo que el legislador autoriza con la norma demandada es la posibilidad que tienen las entidades públicas de conceder subsidios indirectos a la demanda, canalizados a través de las empresas de servicios públicos, subsidios no contemplados en partidas presupuestales, sino representados en aportes de bienes o derechos no capitalizables, que se entregan a dichas empresas; se trata pues de subsidios que generalmente consisten en la entrega de obras de

infraestructura para ser usadas en la prestación del servicio respectivo, cuyo costo de utilización no se traslada a la tarifa. Al parecer de la Corte el artículo 143 de la Ley 1151 de 2007 no vulnera el artículo 368 superior, porque esta última norma, que permite a las entidades territoriales conceder subsidios representados en partidas presupuestales destinadas a que personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, no regula la misma situación de hecho que describe la norma legal acusada. En ésta no se trata de partidas presupuestales, sino de aportes no capitalizables de obras de infraestructura, destinados a superar las barreras del mercado cuando las mismas impiden asegurar la prestación eficiente y universal de los servicios públicos domiciliarios.

➤ En cuanto a la corrección de deficiencias del mercado, afirmó la Corte que la norma acusada, en cuanto regula una forma de intervención del Estado para corregir imperfecciones del sistema de mercado, permitiendo que en esas circunstancias bienes o derechos públicos se destinen gratuitamente a prestar los servicios públicos domiciliarios, y cuando repercuten en la posibilidad de alcanzar la finalidad social implícita en la correcta prestación de los servicios públicos domiciliarios, no desconoce la Constitución, particularmente las normas referentes al derecho a la igualdad, y el principio de solidaridad, en especial el artículo 368 superior.

➤ Respecto a la vigencia y aplicación de subsidios en la tarifa en servicios públicos domiciliarios, informó la Corte que observa que, a pesar del subsidio generalizado a la demanda que se autoriza en la norma acusada, de todas maneras, el régimen legal de las tarifas y los subsidios, que permanece vigente y sigue aplicándose, continúa involucrando sus elementos tradicionales de solidaridad. En efecto, dicho marco tarifario de todas maneras continúa previendo subsidios para los estratos bajos y también sobre costos en función de la capacidad adquisitiva de los usuarios.