

**SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO – Contribuciones / CONTRIBUCIONES – Servicios públicos domiciliarios / CONTRIBUCIONES DESTINADAS A SUBSIDIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Concepto-Fundamento jurídico. Naturaleza Jurídica. Finalidad**

Las denominadas por la ley “contribuciones”, destinadas a los usuarios de menores ingresos, y reguladas por la ley 142 de 1994 -entre otras normas que adelante se citarán-, consisten en el dinero que pagan algunos usuarios de los SPD, con la finalidad de ayudar a otros usuarios a asumir el pago de la prestación de los servicios, quienes por su condición económica carecen de la solvencia necesaria para asumir por sí mismos el pago de esos servicios. El fundamento normativo principal de las contribuciones se encuentra en el art. 89 de la ley 142. (...) En cuanto a la naturaleza jurídica de los recursos provenientes de las contribuciones, para la Sala se trata de bienes fiscales -pues no son dineros privados- y por tanto son imprescriptibles, no obstante que pueden ser enajenables, porque bien pueden transferirse, aunque con limitaciones. Sobre este mismo tema, en la sentencia C-086 de 1998, la Corte Constitucional analizó la naturaleza jurídica de las contribuciones, debido a la discusión que ha existido acerca de si constituyen un impuesto, una tasa, un precio u otra categoría diferente. Consideró la Corte: “Dadas las características de este recargo, considera la Corte que éste es un impuesto con una destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes...” La Sala comparte este análisis sobre la naturaleza jurídica de la contribución, es decir, considera que efectivamente se trata de un impuesto, con destinación específica, por la razones expuestas.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 89

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre las contribuciones en servicios públicos domiciliarios: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. 18.922

**SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Subsidios / SUBSIDIOS – Servicios públicos domiciliarios / SUBSIDIOS EN LSO SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Concepto. Generalidades. Fundamento jurídico. Regulación. Monto**

Los denominados en la Constitución Política como “subsidiarios”, es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe, y que, normativamente hablando, se reflejan en el “El reparto que debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar, conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso.” –art. 99.3 de la ley 142-. Se debe tener presente que el artículo 368 de la Constitución Política dispone que, con cargo a los recursos de las entidades estatales, se pueden otorgar subsidios para los usuarios de los SPD de menores ingresos. La Ley 142 trató el tema en el artículo 89.8 y contempló la obligación de subsidiar los SPD, a cargo de la nación y las entidades territoriales. Esta norma fue declarada exequible por la Corte, quien consideró que la imposición legal a las entidades territoriales, para aportar recursos destinados a otorgar subsidios –por un cincuenta por ciento (50%)-, no vulneraba la autonomía territorial. Posteriormente esta norma fue modificada por el artículo 7 de la ley 632 de 2000. La diferencia de este texto con el original radica en que desapareció el porcentaje mínimo del 50% de los aportes a cargo de las entidades estatales con destino a conceder los subsidios, de donde resulta que si bien subsiste la obligación, desaparece el porcentaje mínimo de recursos que

debían destinar. No obstante, considera la Sala que subsiste la obligación de subsidiar “la diferencia” a fin de asegurar los subsidios para los estratos 1, 2 y 3. Esta conclusión es válida, porque la parte final del artículo vigente dispone claramente que “... la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades...” allí mencionadas. De lo anterior se sigue que es innegable la obligación que tiene el Estado de subsidiar, y cubrir la totalidad del subsidio, si ello es menester, por expresa decisión del legislador. La dificultad que ofrece la actual norma es que no define la manera, porcentaje o monto como cada entidad, de las varias obligadas a subsidiar, contribuirá a este propósito, lo que puede conducir al desconocimiento de este deber y del correlativo derecho. Sin embargo, centrandolo el problema a nivel municipal, se encuentra que estas entidades territoriales, según el artículo 5.3 de la ley 142, deben: “Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 60/93 y la presente ley.” Esta norma remite a la ley 60 de 1993, derogada por la Ley 715.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 368 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 99.3 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 5 / LEY 632 DE 2000 – ARTICULO 7 / LEY 60 DE 1993 / LEY 715 – ARTICULO 78 / LEY 1176 DE 2007 – ARTICULO 11

### **SERVICIO DE TELEFONIA – Servicio público no domiciliario. Regulación. Subsidios**

Deben hacerse otras precisiones en relación con el servicio de telefonía, tras la expedición de la ley 1.341. En primer lugar, que se ratificó su carácter de “servicio público”, aunque se le quitó la connotación de “domiciliario”, de manera que por ese sólo hecho fue excluido de la ley 142 de 1994. En adelante, su régimen es otro, aunque el artículo 73 hace extensivas algunas disposiciones especiales de la ley 142. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el régimen jurídico de los subsidios está destinado a desaparecer en este servicio público “no domiciliario”, porque el art. 368 CP. sólo los garantiza para los “domiciliarios”. No obstante, y en forma transitoria, el inciso primero del art. 69 los conserva durante 5 años, contados desde la reglamentación de esta disposición: “Durante este periodo se continuará aplicando el esquema de subsidios que establece la Ley 142 de 1994”. En estos términos, vencido el plazo desaparecerán.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1341

### **SUBSIDIOS EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Porcentajes / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Porcentaje de los subsidios**

A manera de conclusión, el subsidio para los SPD de acueducto, alcantarillado y aseo en los estratos 1 y 2 será máximo del 70% para el primero y del 40% para el segundo. El estrato 3 mantiene el 15%, según establece el artículo 99.6 de la ley 142 y el art. 99 de la ley 1.151. El subsidio para los SPD de energía, telefonía y gas, en los estratos 1 y 2 será máximo del 50% para el primero y del 40% para el segundo, según lo establece el artículo 99.6 de la ley 142. Para el estrato 3 seguirá siendo máximo del 15%, según establece el artículo 99.6 de la ley 142.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1151 – ARTICULO 99 / LEY 142 – ARTICULO 99

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el porcentaje de los subsidios en los servicios públicos domiciliarios: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, Rad. 2004-00788, MP. Enrique Gil Botero.

## **SUBSIDIOS - Fuentes / FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION SOCIAL DE INGRESOS – Finalidad. Regulación. Comités de vigilancia./ FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION SOCIAL DE INGRESOS - Excedentes**

Por la trascendencia social de los subsidios, que tienen como fuente las contribuciones pagadas por los estratos 5 y 6 y el sector industrial y comercial, más los aportes de las entidades estatales, la misma Ley 142 de 1994, en el artículo 89, creó los denominados Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos. Según este precepto legal, los Fondos de Solidaridad constituyen un mecanismo administrativo que sirve para realizar la administración de los recursos que se destinan para pagar subsidios, en cualquiera de los servicios públicos. No obstante, esta norma fue derogada, parcialmente, por los incisos 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 286 de 1986. (...) De conformidad con esta disposición, el régimen de los fondos es el siguiente: los municipios deben crear fondos para administrar las contribuciones excedentes en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; mientras que la Nación debe hacerlo para los servicios de energía, telefonía –con la limitación temporal que establece la ley 1341 de 2009- y gas. Ahora bien, si los Fondos de Solidaridad arrojan excedentes, éstos se destinarán, conforme al artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994. La norma anterior no se aplica para los servicios públicos de energía eléctrica, gas y telefonía básica porque, como se explicó anteriormente, todos los superávits de contribuciones van al fondo nacional correspondiente. Para administrar los recursos destinados a subsidiar a las personas de menores ingresos que, según se ha dicho, pueden provenir de dos fuentes -*una*, de las contribuciones que pagan los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial; *otra*, de los aportes de las entidades públicas autorizadas u obligadas a subsidiar-, el art. 89 de la ley 142 de 1994 creó el “Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos”. Esta norma fue modificada, en forma parcial, por el art. 5, incisos 3 y 4, de la ley 286 de 1996. (...) Según esta norma, los excedentes de las contribuciones, en los servicios de energía eléctrica, gas combustible y telefonía pública básica conmutada –éste último durante los cinco años siguientes a la reglamentación de la ley 1.341 de 2009- , ya no pasan a los Fondos de Solidaridad locales sino al Fondo Nacional. Frente a los demás servicios -acueducto, alcantarillado, aseo y telefonía móvil rural- los Fondos territoriales mantienen su vigencia y utilidad, en los términos previstos por el art. 89 de la ley 142. Lo cierto del caso -y quedando advertido lo analizado hasta ahora- es que los fondos locales fueron creados para recibir los recursos provenientes de los excedentes de contribuciones –que aplican directamente las Empresas de SPD- y los recursos provenientes de las entidades que han concedido subsidios. Si, luego de hacer la anterior operación, quedan excedentes, prescribe la ley 142 de 1994 que: “89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o

mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo." Lo anterior no se aplica a los superávits de contribuciones de los servicios de energía, gas y telefonía básica, pues el art. 5 de la ley 286 señaló que los mismos van al fondo nacional correspondiente.

**FUENTE FORMAL:** LEY 286 – ARTICULO 5 / LEY 142 – ARTICULO 89

**COMITE DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN SOCIAL DE INGRESOS – Creación. Composición. Carece de ingerencia decisiva frente al manejo del Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos / COMITE DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL – Creación. Conformación. Comité de vigilancia / DERECHOS COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS – Vulneración por no conformación del Comité de Desarrollo y Control Social / ACCESO A LOS SERVICIOS PUBLICOS Y A SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA - Vulneración por no conformación del Comité de Desarrollo y Control Social**

La demanda tiene igualmente como objetivo ordenar la integración del "Comité de Control y Vigilancia" del Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos en el municipio de Topaipí. La Sala observa que este comité no tiene antecedentes en la Constitución, ni en la ley, ni en los reglamentos y, en consecuencia, su creación obedece a una decisión eminentemente municipal, y no constituye una instancia de participación de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, lo cual se infiere fácilmente de su composición, pues está integrado, en su mayor parte, por servidores públicos del mismo municipio y, excepcionalmente, por un delegado de los vocales de control de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos, elemento éste que además distingue el denominado "Comité de Vigilancia" del "Comité Desarrollo y Control Social", éste sí regulado en la ley 142 de 1994 –arts. 62 y ss-, y sobre el cual la Sala se pronunciará más adelante. Así las cosas, resulta claro que el Comité de Vigilancia carece de poder, ingerencia o potestad decisiva frente al manejo del Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos y, a lo sumo, se trata de un grupo de coordinación interinstitucional para vigilar el manejo de los recursos del fondo y hacer las denuncias respectivas a las autoridades competentes, si es que a ello hay lugar, cuando quiera que se presenten irregularidades, pero que bien puede existir o no, sin que ello tenga, ni pueda tener, incidencia alguna en la operatividad o manejo de los Fondos de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos. (...) Las anteriores disposiciones confirman la premisa de que el Comité de Desarrollo y Control Social no es el mismo Comité de Vigilancia del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, que el actor reclama, pues la única función directa del Comité de Desarrollo con respecto al Fondo de Solidaridad, es la de estudiar el monto de los subsidios que se deben conceder a los usuarios de bajos ingresos con los recursos presupuestales del municipio y proponer criterios y mecanismos de reparto de tales subsidios -artículo 63.4-. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de cualquier particular o servidor público de velar por la adecuada prestación de los servicios públicos, el correcto funcionamiento de las entidades estatales y el manejo eficiente y transparente de los recursos públicos. De otra parte, el Comité de Desarrollo y Control Social se constituye a iniciativa de los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales en desarrollo del artículo 369 de

la Constitución Política, como mecanismo de participación de éstos en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos, en los términos previstos en la ley. Una vez constituidos, éstos deberán ser reconocidos por las autoridades municipales, las cuales verificarán que los miembros del comité que se forma no pertenezcan a más de un comité, de un mismo SPD – inciso 6, art. 62, ley 142-; y si transcurrido un plazo de 15 días desde que se solicitó el reconocimiento del mencionado Comité, el Alcalde y los funcionarios de las empresas prestadoras de Servicios Públicos no se han pronunciado, ello no sólo constituirá causal de mala conducta, sino que se entenderá que ha operado la figura del silencio administrativo positivo y, en consecuencia, que el comité se encuentra inscrito y reconocido. La Sala entiende, como viene de manifestarse, que la carencia del Comité de Desarrollo y Control Social no permite asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas de SPD. En consecuencia, la omisión de los municipios en velar por la conformación de estos comités vulnera los derechos colectivos de los consumidores y usuarios y el acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y exige que, en tanto la conformación de los mismos depende de la iniciativa de los usuarios, la violación de los derechos colectivos citados debe ser demostrada, acreditando que, no obstante que los usuarios han adelantado actividades para la conformación del Comité, el Alcalde no ha facilitado los medios ni creado las garantías para su conformación, o lo que es lo mismo, no ha velado por su conformación.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 369 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 62

**FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS – Creación meramente formal / SUBSIDIO – Diferente a tarifa baja / TARIFA BAJA – Diferente a subsidio / DERECHO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA – Vulneración en el municipio de Topaipí por no conceder subsidios y no poner en funcionamiento el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos / DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS - Vulneración en el municipio de Topaipí por no conceder subsidios y no poner en funcionamiento el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos**

De conformidad con estas pruebas, el Municipio de Topaipí demostró que creó, con anterioridad a la notificación de la demanda -11 de agosto de 2004-, los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos a su cargo, es decir, en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Desde este punto de vista, la acción popular no puede prosperar, porque no se violó ni amenazó los derechos colectivos de los usuarios de los SPD. Sin embargo, se advierte que la creación fue meramente formal, pues no se probó que los fondos hubieran sido puestos, efectivamente, en funcionamiento, ya que no se han otorgado subsidios para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, es decir, que el mismo no es operativo. Eso lo acepta el Alcalde. Además, la Sala considera un serio error confundir la “tarifa baja” que el municipio cobra por los servicios que presta, con que el subsidio se encuentre incluido dentro de ella, pues la regulación de los SPD no admite este tipo de tratamiento para los subsidios, es decir, que a través del cobro de una tarifa mínima mensual no se otorgan los subsidios. En otras palabras, la tarifa es el precio que se cobra por el servicio público, y sobre ella los estratos bajos deben recibir el subsidio que la ley contempla, de allí que al momento de determinar si se están cumpliendo las normas legales, no se puede entender que este componente está incluido en la tarifa, ya que se debe reflejar como un descuento sobre el consumo, de manera que se exprese de cuánto fue

éste, y cuánto debe pagar el usuario de estratos bajos. Además, en el caso concreto, el municipio hace suponer que, incluso, todos los habitantes gozan de los subsidios, porque la tarifa es la misma, lo cual también sería incorrecto, desde el punto de vista de la legislación de los SPD, y muestra que la tarifa única, y además baja, no se estableció como forma de otorgar los subsidios, sino como política administrativa del operador – lo cual, incluso, es de discutible legalidad. Asimismo debe recordarse que la financiación de los subsidios no puede soportarse, únicamente, en los recursos que provienen de los superávits de las contribuciones de los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial, que se transfieren a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, sino también con la canalización de recursos provenientes de los presupuestos de las diferentes entidades estatales –Nación, departamentos, distritos y municipios– que tienen la obligación, constitucional y legal, de subsidiar los SPD, ya sea de forma directa, a través de convenios con las empresas prestadoras de servicios públicos, o de forma indirecta, transfiriendo recursos a los fondos. Como corolario, considera la Sala que el Municipio de Topaipí ha vulnerado el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, porque está probado en el proceso que ni el municipio, ni ninguna otra entidad, concede subsidios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y por lo tanto no está funcionando efectivamente el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con su respectivo Comité el cual no se ha creado. Lo mismo ocurre con los servicios de telefonía, energía y gas, frente a los cuales no se aportó ningún medio de prueba tendiente a comprobar que estos sean subsidiados. Con esta conducta, considera la Sala, se han violado los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, además de los derechos de los consumidores y usuarios, pues la falta de subsidios, en algunos servicios, impide que muchas personas, de bajos recursos, puedan disfrutar de este tipo de bienes, necesarios para vivir dignamente en un Estado moderno. (...) No advierte la Sala que las conductas que se reprochan atenten contra los derechos colectivos a la moralidad administrativa, seguridad y salubridad pública y a la defensa del patrimonio público, como lo sugiere el actor, de manera que estos derechos no serán protegidos, como los anteriores.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la vulneración de los derechos colectivos por el no funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, Rad. 2004-00788, MP. Enrique Gil Botero.

**INCENTIVO ECONOMICO EN ACCION POPULAR - Entrada en vigencia de la ley 1425 de 2010. No puede concederse, pese a que se acceda a las súplicas de la demanda, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010. Norma derogada**

En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, la Sala lo negará, pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación. Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta de dos artículos, dispone en el primero: “Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998”; y en el segundo que: “la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias”. Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo,

no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe aplicarse la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio. En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”, de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.” Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un “derecho”, al decir, en ambas disposiciones, que: “El demandante... tendrá derecho a recibir...” el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo. En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 153 de 1887-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí.

**FUENTE FORMAL:** LEY 153 DE 1887 – ARTICULO 40 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 39 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 40

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre las normas sustanciales: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1988. Expediente 1874.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00917-01(AP)**

**Actor: SERGIO SANCHEZ**

**Demandado: MUNICIPIO DE TOPAIPÍ**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 19 de mayo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

El señor Sergio Sánchez presentó, el 26 de abril de 2004, acción popular contra el Municipio de Topaipí, reclamando la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad y salubridad pública, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a los derechos de los consumidores y usuarios.

Expuso el actor que el Concejo Municipal de Topaipí no ha creado el fondo de solidaridad y redistribución social de ingresos, ni el comité de control y vigilancia del mismo, lo que amenaza el acceso a los servicios públicos domiciliarios de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 de ese municipio.

Afirma, además, que estos fondos garantizan la efectiva obtención de los subsidios para las personas de estratos bajos de Topaipí. Igualmente -aduce-, que el Alcalde omitió realizar los estudios necesarios para la ejecución del fondo, y no ha requerido a las empresas prestadoras de servicios públicos para que informen sobre el manejo dado a los recursos provenientes del superávit.

Asimismo, solicita que se declare que el Alcalde de Topaipí ha violado los derechos colectivos a la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad y salubridad pública, acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y los derechos de los consumidores y usuarios, porque no están funcionando, real y efectivamente, los fondos de solidaridad y redistribución social de ingresos del Municipio, con su respectivo comité de vigilancia.

En consecuencia, depreca que se ordene al Concejo Municipal crear el Fondo, como una cuenta especial del Municipio, al igual que se cree e integre el comité de control y vigilancia del mismo. Igualmente, que se ordene al



Municipio realizar los estudios correspondientes para la ejecución de los fondos de solidaridad y redistribución social de ingresos, y que se solicite a las empresas de servicios públicos, que funcionan en Topaipí, un informe sobre el manejo que le han dado a las contribuciones de que trata el artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Finalmente, pide el incentivo de que trata el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

## **2. La contestación de la demanda**

El señor Alcalde del Municipio Topaipí contestó personal y directamente la demanda, aduciendo razones en defensa de los hechos allí expuestos. Sin embargo, la Sala entenderá que no lo hizo –pese a que el Tribunal lo admitió–, porque tratándose de estas acciones, la ley 472 de 1998, sólo permite actuar de manera directa al actor, sin necesidad de comparecer por intermedio de abogado<sup>1</sup>. Se trata de uno de los pocos casos donde la ley autoriza el derecho de postulación a personas que carecen de formación jurídica, como ocurre con las acciones de tutela, de nulidad simple o de inconstitucionalidad. Sin embargo, en estos eventos el demandado debe obrar conforme a la ley de postulación, en los términos de ley.

En el caso concreto, el señor alcalde no demostró la calidad de abogado, de allí que para contestar la demanda debió conferir poder, pues en principio conforme a la regla general de postulación, en las acciones populares se requiere estar representado por un abogado para intervenir ante la judicatura. Esta exigencia procede de los arts. 63 y 64 CPC<sup>2</sup>, que preceptúan que sólo en

---

<sup>1</sup> “Art. 13. EJERCICIO DE LA ACCION POPULAR. Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre.

“Cuando se interponga una acción popular sin la intermediación de un apoderado judicial, la Defensoría del Pueblo podrá intervenir, para lo cual, el juez deberá notificarle el auto admisorio de la demanda.”

<sup>2</sup> “Art. 63. DERECHO DE POSTULACION. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, **excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa.**” (Negrillas fuera de texto)

“Art. 64. APODERADOS DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. La nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren conveniente por razón de distancia, importancia del negocio u otras circunstancias análogas.

los casos en que la ley lo determine, una parte del proceso puede comparecer judicialmente por sí misma, regla que no contempla la ley de acciones populares para la parte pasiva de la relación procesal.

En estos términos, los documentos aportados por el señor Alcalde con la contestación de la demanda no se tendrán en cuenta.

### **3. La audiencia de pacto de cumplimiento**

Tuvo lugar el 29 de noviembre de 2004, con la asistencia del actor popular, el Procurador Judicial Delegado para Asuntos Administrativos y la delegada de la Defensoría del Pueblo. La audiencia se declaró fallida por la inasistencia del Alcalde de Topaipí y su apoderado.

### **4. Pruebas**

A las pruebas allegadas y practicadas se hará referencia en las consideraciones de esta sentencia, en cuanto resulte pertinente.

### **5. Alegatos de conclusión de primera instancia**

El Municipio y El Ministerio Público guardaron silencio.

El actor consideró que el Municipio continúa amenazando los derechos colectivos invocados en la demanda, porque aún no ha creado los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos para los servicios públicos de energía eléctrica, telefonía básica y gas y el comité respectivo.

Insistieron en que el Alcalde de Topaipí ha omitido realizar los estudios para la ejecución efectiva de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos del Municipio.

### **6. La sentencia apelada**

---

“Constituirán apoderado especial, el representante de la entidad que no sea abogado, salvo el caso del personero municipal, y aquél que deba representar a otra entidad con interés opuesto.

“Los gobernadores, intendentes y comisarios, aunque sean abogados inscritos, deberán actuar por medio de apoderado, si el proceso se adelanta fuera de su sede.” (Negrillas fuera de texto)

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. Consideró que no se violaron los derechos colectivos, puesto que el Municipio cumplió con el deber legal de crear el Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos, para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

Agregó que, pese a las difíciles circunstancias económicas y de orden público, el Municipio de Topaipí ha realizado labores tendientes a poner en funcionamiento las instituciones contenidas en la ley 142 de 1994 para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, hecho suficiente para tener por no quebrantados los derechos colectivos enunciados como violados en la demanda.

## **7. La impugnación**

Según el actor, el municipio sólo está cumpliendo parcialmente el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, porque el Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos también debe comprender los servicios de energía eléctrica, telefonía básica y gas, por tanto, también es imperativo en estos servicios subsidiar los estratos 1, 2 y 3.

Reiteró que no existen informes sobre el manejo que las empresas han dado a los ingresos resultantes de aplicar la compensación entre los recaudos de contribución y los subsidios otorgados. Tampoco existen estudios correspondientes a la ejecución del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

Finalmente, afirma que la falta de funcionamiento efectivo del Fondo de Solidaridad y de su comité, amenaza el acceso a los servicios públicos de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, porque impide que su proyección se incluya dentro del presupuesto general de egresos e ingresos del Municipio, lo que converge en la falta de otorgamiento de los subsidios, o en su entrega tardía.

## **CONSIDERACIONES**

Cumplido el trámite del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor.

El Tribunal consideró que no existe violación a los derechos colectivos alegados, como quiera que el municipio cumplió con el deber de crear el Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos, para los Servicios Públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, con su respectivo comité de control y vigilancia.

El actor apeló la decisión, afirmando que el municipio sólo cumplió parcialmente la obligación de constituir el Fondo, porque no funciona de manera efectiva, y menos en los servicios de energía, telefonía y gas.

Corresponde a la Sala determinar si el Municipio de Topaipí amenazó o violó los derechos colectivos invocados por el actor. Para ello se analizará: i) el régimen constitucional y legal de los subsidios y las contribuciones, en los servicios públicos domiciliarios, ii) la regulación de los fondos de solidaridad y redistribución social de ingresos y el denominado por el actor Comité de Vigilancia y, iii) finalmente, se abordará el estudio del caso concreto.

## **1. LOS SUBSIDIOS Y LAS CONTRIBUCIONES, EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS –SPD-**

### **1.1. Consideración previa: La fundamentación jurídico-política de los subsidios y las contribuciones.**

Los subsidios y las contribuciones constituyen una forma de intervención del Estado en la economía, porque, a través de los primeros, la relación empresa de SPD-Usuario de los servicios resulta regulada -así sea parcialmente- por el Estado, en favor de las personas de bajos recursos.

Es claro que existe una relación estrecha entre los SPD y el modelo de Estado Social de Derecho, pues la realización de este último se concreta, entre otras formas, a través de la prestación real y efectiva de los servicios públicos, ya que éstos se relacionan íntimamente con la dignidad humana inherente a toda persona que exige el acceso y la satisfacción de las necesidades básicas en una comunidad moderna como la que vivimos.

Sin lugar a dudas, la realización del estado social de derecho, en materia de SPD, puede asegurarse de diversas formas, tales como: extendiendo a más usuarios la

prestación de los servicios, controlando la calidad de los mismos, asegurando la protección a los usuarios, entre otras estrategias y programas públicos, y allí también se encuentra el otorgamiento de subsidios públicos y de subsidios cruzados, que aseguran la posibilidad de que la población de menores recursos tenga acceso a servicios básicos de calidad, con lo cual se pone en condiciones de igualdad material, en este aspecto por los menos, a todos los habitantes del Estado. De este criterio también ha sido la Corte Constitucional, quien en la sentencia C-566 de 1995 expresó:

“3. Justamente, la ley demandada conjuga en su cuerpo los dos principios: el principio democrático y el del Estado social de derecho. El Congreso, órgano al que se le confía, la definición de la política social del Estado, a través de la disposición demandada, autoriza la concesión de un subsidio para el pago de los servicios públicos básicos de las personas de menores ingresos. El contenido de la norma apunta a promover la igualdad material (C.P., art. 13) en el uso y disfrute de los servicios públicos domiciliarios, lo que responde a la idea central del Estado social de derecho. La política de subsidios, a la que se refiere el artículo 368 de la C.P., es uno de los medios a disposición del Estado social de derecho al cual puede éste recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados (C.P., arts. 365 y 368).”

Adicionalmente, el pago de las contribuciones, a cargo de los estratos 5 y 6, y del sector industrial y comercial, en favor de los estratos 1, 2 y 3, expresa perfectamente el deber de solidaridad que unos hombres deben tener frente a otros, en el Estado Social, en tanto se exige que las personas con mayor capacidad económica ayuden a las personas de menor solvencia económica para acceder a los SPD, con lo que se garantizan las condiciones mínimas de vida de éstos, en una sociedad compleja como la nuestra. Ha dicho la Corte Constitucional sobre este principio-deber, en la sentencia C-237 de 1997<sup>3</sup>, que:

---

<sup>3</sup> En el mismo sentido agrega la Corte Constitucional -sentencia T-036 de 1995, MP. Carlos Gaviria Díaz- que: “En relación con el deber de solidaridad el mismo fallo explica lo siguiente:

"La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política; sirve, además, de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenazen los derechos fundamentales. La solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales".

“Al considerar los presentes hechos desde esta perspectiva, nos encontramos con que, siguiendo la doctrina antes expuesta, este es un caso en el que cabe admitir, de manera excepcional, la exigibilidad directa del deber de solidaridad.

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social (lo cual explica la prioridad que dicho gasto tiene sobre cualquiera otra asignación, dentro de los planes y programas de la nación y de las entidades territoriales, art. 366 C.P.), o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro, entonces, que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones.

“En otros términos, dado que Colombia posee un sistema económico que se funda en la propiedad privada y la libertad de empresa, la obtención de los medios necesarios para la subsistencia han de derivarse del esfuerzo propio, siendo deber del Estado crear las condiciones materiales para hacer posible el ejercicio de éstos derechos; promover a quienes estén en inferioridad de circunstancias, y sólo de manera subsidiaria, atender las necesidades de los que carecen por completo de recursos económicos.

“Pero, el deber de solidaridad no se limita al Estado: corresponde también a los particulares, de quienes dicho deber es exigible en los términos de la ley, y de manera excepcional, sin mediación legislativa, cuando su desconocimiento comporta la violación de un derecho fundamental.

“Entre los particulares, dicho deber se ubica en forma primigenia en la familia, dentro de la cual cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente, atendiendo razones de equidad. Una de las obligaciones más importantes que se generan en el seno de una familia es la alimentaria...”

Es indudable que los subsidios, en favor de las personas de menos recursos, asegura los mandatos constitucionales referenciados y esto ocurre con los SPD<sup>4</sup>.

---

“Y entendemos la solidaridad, en este caso en particular, como aquella pauta de comportamiento conforme a la cual el accionado debió haber actuado al surgir el conflicto objeto de esta tutela.”

<sup>4</sup> En particular, esta idea la expresó la Corte Constitucional, a propósito del tema que estamos estudiando, en la sentencia C-252 de 1997, según la cual “Si bien las tarifas, en atención a los principios de eficiencia económica y de suficiencia financiera, deben reflejar la estructura de los costos y los gastos propios de la operación, la ley ha dispuesto que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los consumidores de los estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas (Ley 142 de 1994. arts. 87-1 y 87-3).

“El anterior criterio de ‘solidaridad y redistribución’, se actualiza con ocasión del pago de los servicios que corresponde hacer a los consumidores de los estratos 5 y 6, a los cuales en las facturas respectivas se les liquida el valor del servicio más un factor adicional, no superior al 20%, que se destina a los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”. El objetivo de los mencionados fondos, que se crean en cada municipio por parte de los concejos municipales, no es otro que el de

## 1.2. En particular, el fundamento jurídico de las “contribuciones”, con destino a otorgar subsidios en los SPD.

Las denominadas por la ley “contribuciones”, destinadas a los usuarios de menores ingresos, y reguladas por la ley 142 de 1994 -entre otras normas que adelante se citarán-, consisten en el dinero que pagan algunos usuarios de los SPD, con la finalidad de ayudar a otros usuarios a asumir el pago de la prestación de los servicios, quienes por su condición económica carecen de la solvencia necesaria para asumir por sí mismos el pago de esos servicios.

El fundamento normativo principal de las contribuciones se encuentra en el art. 89 de la ley 142, que prescribe:

“Art. 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y **el factor** que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

“89.1. **Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio** y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta ley, **las comisiones** sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las **facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales**. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta ley.

Hay que precisar que esta norma llama “factor” lo que se conoce como contribución. De otro lado, el art. 89 es claro al identificar los sujetos pasivos, señalando como tales a los usuarios de los estratos 5 y 6, y a los usuarios del sector comercial e industrial<sup>5</sup>. Además, fijó un tope para la contribución en el 20%

---

financiar en alguna medida los subsidios que absorben parte de la tarifa que deben cancelar los usuarios de los estratos 1,2 y 3.”

<sup>5</sup> Por su parte, el art. 5 de la ley 286 de 1996 dispuso que “Las contribuciones que paguen los usuarios del servicio de energía eléctrica **pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial regulados y no regulados**, los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial, y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores, y los usuarios de los servicios públicos de

del valor del servicio. No obstante, el art. 97 de la ley 223 de 1995 modificó apartes de la norma citada, en relación con el servicio de energía, cuando estableció lo siguiente:

“Parágrafo 2. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en **el sector eléctrico** de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 se aplicará para los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios no residenciales, **el 20% del costo** de prestación del servicio.”

A diferencia de la norma anterior, en esta la contribución que se aplica, exclusivamente para el servicio de energía -denominado aquí “sobretasa o contribución especial”- no será de máximo el 20%, sino que será, categóricamente y en todos los casos, del 20%.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los recursos provenientes de las contribuciones, para la Sala se trata de bienes fiscales -pues no son dineros privados- y por tanto son imprescriptibles, no obstante que pueden ser enajenables, porque bien pueden transferirse, aunque con limitaciones. Sobre este tema dijo la Sección Tercera -sentencia de agosto 30 de 2001, rad. 18.922- que:

“Precisado de esta forma el objeto de la controversia, se concluye que el actor solicita la reparación del daño causado por la administración, para lo cual reclama no solo la indemnización de perjuicios, sino también, el pago de los dineros adeudados por el gobierno correspondientes a la contribución de solidaridad a la que tiene derecho CEDELCA S.A. por el otorgamiento de subsidios en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

“En cuanto a este último aspecto se refiere, no aplica la excepción a la caducidad de la acción, prevista en el parágrafo primero del artículo 136 del C.C.A., pues ésta opera solo en tanto los bienes objeto de la controversia sean imprescriptibles e inenajenables.

“No cabe duda que los dineros correspondientes a los subsidios de los servicios públicos domiciliarios y aquellos que provienen de la contribución de solidaridad en el caso que se analiza, son de naturaleza fiscal y, en consecuencia, imprescriptibles según se desprende de lo normado por el

---

telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física o de telefonía básica conmutada y serán utilizados por las empresas distribuidoras de energía, o de gas, o por las prestadoras del servicio público de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes los aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos I, II y III áreas urbanas y rurales.” (Resalto fuera de texto)



artículo 1º, numeral 210 del Decreto 2282 de 1989, disposición declarada exequible por la Corte Constitucional.

“Sin embargo, no por ello devienen en inenajenables, pues precriptibilidad y enajenabilidad no son conceptos asimilables. En efecto, mientras que la prescripción implica la posibilidad de adquirir los bienes por el modo denominado usucapión, por enajenación se entiende “la acción y efecto de pasar a otro el dominio de una cosa”.

“La doctrina les ha reconocido el carácter de enajenables a los bienes fiscales, diciendo que ‘su enajenación está sometida a los requisitos establecidos en los respectivos códigos o estatutos fiscales de las entidades territoriales, tales como el previo avalúo y la subasta pública’.

“En el caso concreto debe precisarse que el hecho de que los bienes objeto del litigio se encuentren sometidos a una destinación específica, no les quita su enajenabilidad natural. Tan sólo condiciona la utilización de los dineros a la satisfacción de una finalidad concreta, consistente, como se dijo, en el pago a la empresa, de las tarifas que permitan, a las personas de menores ingresos, tener acceso a los servicios públicos domiciliarios.”

Sobre este mismo tema, en la sentencia C-086 de 1998, la Corte Constitucional analizó la naturaleza jurídica de las contribuciones, debido a la discusión que ha existido acerca de si constituyen un impuesto, una tasa, un precio u otra categoría diferente. Consideró la Corte:

“Dadas las características de este recargo, **considera la Corte que éste es un impuesto con una destinación específica**, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes...

“Se afirma que este sobrecosto en los servicios públicos domiciliarios, es un impuesto, por las siguientes razones:

- Su imposición no es el resultado de un acuerdo entre los administrados y el Estado. El legislador, en uso de su facultad impositiva (artículo 150, numeral 12), y en aplicación del principio de solidaridad que exige la Constitución en materia de servicios públicos, como de los principios de justicia y equidad (artículo 95, numeral 9 y 338 de la Constitución), decidió gravar a un sector de la población que, por sus características socio económicas podría soportar esta carga.

- Su pago es obligatorio, y quien lo realiza no recibe retribución alguna. Razón por la que no se puede afirmar que este pago es una tasa o sobretasa, pues su pago no es retribución del servicio prestado, no existe beneficio alguno para quien lo sufraga, y el usuario no tiene la opción de no pago.

“Los elementos de este gravamen, se pueden identificar así:

- Los usuarios de los sectores industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6, se constituyen en los sujetos pasivos.

- Las empresas que prestan el servicio público son los agentes recaudadores.

- El hecho gravable lo determina el ser usuario de los servicios públicos que prestan las empresas correspondientes.

- La base gravable la constituye el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario.

- El monto del impuesto, si bien no está determinado directamente por la ley, si es determinable, pues se establece que no podrá ser mayor al 20% del valor del servicio prestado. Para el efecto, se delega en las comisiones de regulación correspondientes, la fijación dentro de este límite, del porcentaje que se debe cobrar.

“En tratándose del servicio público de energía, el monto de éste se fijó directamente en un 20% del valor del servicio ( ley 223 de 1995, artículo 95) (sic. La norma citada debe ser el art. 97 y no el 95).

“Por su destinación, y por el hecho de que las sumas recaudadas no entran directamente al presupuesto de la Nación o de las distintas entidades territoriales, se podría afirmar que estos pagos tienen el carácter de rentas parafiscales. Sin embargo, se considera que éstos no tienen esta naturaleza por las siguientes razones:

“El artículo 29 del decreto 111 de 1996, que compila las leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, establece que las contribuciones parafiscales son *“...los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.*

*‘Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo por los órganos encargados de su administración.’*

“Según esta definición, si bien la contribución de que trata la ley 142 de 1994, grava sólo a un sector de la población, ello no desvirtúa su carácter general ni lo hace una renta parafiscal, pues en este caso, el gravamen se impuso teniendo en cuenta los criterios de justicia y equidad (artículo 95 y 338 de la Constitución), el de solidaridad (artículo 367) y no el elemento aglutinador que identifica a los sujetos pasivos de las rentas parafiscales. Por ejemplo, el pertenecer a determinada profesión, el ser productor de una materia prima determinada, etc.

“En el caso en estudio, las condiciones socio económicas de un grupo de la población, fueron el factor que sirvió para determinar los sujetos pasivos de esta contribución, circunstancia que no le imprime la naturaleza de parafiscal a este cobro, como tampoco le resta su carácter de renta general (...)

“Así las cosas, no puede identificarse a los usuarios de los servicios públicos de los estratos 5 y 6, o los del sector industrial o comercial, como un sector económico o grupo social, que reciban en forma directa beneficio con este pago. Sí, como lo determinó la Corte en la sentencia transcrita, el legislador debe **diferenciar a los contribuyentes**, a efectos de no imponer cargas excesivas que hagan regresivo el tributo correspondiente, la exclusión de cierto sector de la población no le da el carácter de renta parafiscal a esta contribución, pues el señalamiento de un determinado grupo o sector de la población como sujeto pasivo de ésta, se hizo en razón de su capacidad económica, y no porque entre ellos exista un elemento aglutinador que los identifique, como sí ocurre con los sujetos gravados con una renta de carácter parafiscal.

“Igualmente, la destinación específica que tiene este gravamen no lo hace por sí solo una contribución parafiscal, pues la propia Constitución admite la existencia de rentas que, sin ser parafiscales, tienen una destinación específica (artículo 359).”

La Sala comparte este análisis sobre la naturaleza jurídica de la contribución, es decir, considera que efectivamente se trata de un impuesto, con destinación específica, por la razones expuestas.

### **1.3. En particular, el fundamento jurídico de los subsidios en los SPD.**

Los denominados en la Constitución Política como “subsidios”, es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe, y que, normativamente hablando, se reflejan en el “El reparto que debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar, conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las Ordenanzas y Acuerdos según el caso.” –art. 99.3 de la ley 142-

Se debe tener presente que el artículo 368 de la Constitución Política dispone que, con cargo a los recursos de las entidades estatales, se pueden otorgar subsidios para los usuarios de los SPD de menores ingresos<sup>6</sup>. Esta norma prescribe:

---

<sup>6</sup> Al respecto expresa la Corte Constitucional, en la sentencia C-566 de 1995, que “2. La Corte no comparte las premisas sobre las cuales edifica el cargo la demandante. Se parte de la equivocada tesis de que la excepción a la prohibición de decretar auxilios y donaciones, consagrada en el artículo 355 de la Constitución, está representada por los subsidios que se concedan. Se asume que los recursos de los presupuestos mencionados, que contribuyen a saldar las diferencias de los "fondos", no tienen el carácter de subsidios y, por tanto, no se encuentran amparados por la excepción que el artículo 368 de la C.P. introduce a lo prescrito por el artículo 355 de la misma.

“Tanto el factor que se aplica a los usuarios de los estratos altos - cuya naturaleza tributaria se deduce de ser una erogación obligatoria destinada a una finalidad pública y sin contraprestación - como los "aportes directos", se contabilizan, registran e incorporan en los respectivos presupuestos

“ARTICULO 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.” (Resalto fuera de texto)

De este mandamiento se desprenden las siguientes ideas que sintetizan el tema, desde una óptica constitucional:

i) Autorizó en forma amplia, a la nación, a los departamentos, a los municipios y a las entidades descentralizadas, a destinar recursos propios para el pago de subsidios de los SPD.

ii) Aseguró, constitucionalmente hablando, la posibilidad de conceder subsidios para pagar los SPD, no para otros servicios públicos, pues no existe norma equivalente para éstos en la Carta Política.

iii) No obliga a que las entidades allí señaladas subsidien efectivamente; tan sólo consagra la posibilidad de que lo hagan. Esto significa que, en principio, cada una de tales entidades es libre de subsidiar o no.

iv) No establece el porcentaje mínimo del consumo del servicio que se debe subsidiar; tampoco señala los estratos que se pueden beneficiar, por lo que el legislador es quien debe adoptar estas decisiones y medidas.

v) Los subsidios sólo beneficiarán a las personas de “menores ingresos”, según lo ordena el artículo 368, concepto que tampoco define la Constitución; luego, queda al legislador determinarlo, con fundamento en la facultad de libre configuración del ordenamiento jurídico.

---

de la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, pues, al destinarse ambos recursos a la financiación de los subsidios para pagar las tarifas de los usuarios de menores recursos, configuran gasto público, que no puede hacerse sino se incluye en aquéllos (C.P., art. 345) . La comunidad de fin - pago de los subsidios - y de manejo a través de los respectivos presupuestos públicos - como lo exige el principio de legalidad del gasto -, no permite restringir la excepción a la prohibición de decretar auxilios o donaciones a los recursos procedentes del factor que se aplica a los usuarios de los estratos altos. **Unos y otros recursos, su registro, manejo e inversión, en cuanto tienen relación directa con la concesión de subsidios para pagar las tarifas de los servicios públicos de las personas de menores ingresos, y, además, se incorporan en los presupuestos públicos, se encuentran cobijados por la excepción que consagra el artículo 368 de la Constitución Política y, por consiguiente, a ellos no se extiende la prohibición de su artículo 355.”** (Negrillas fuera de texto)

vi) Finalmente, lo que se puede subsidiar son las denominadas "necesidades básicas", de manera que lo que exceda de allí debe pagarlo el usuario. Las anteriores premisas constitucionales han sido desarrolladas, entre otras, por las Leyes 142 y 143 de 1994, y 632 de 2000.

La primera ley trató el tema en el artículo 89.8 y contempló la obligación de subsidiar los SPD, a cargo de la nación y las entidades territoriales. Dispone esta norma:

"En el evento de que los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, **la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal.** Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. **En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos.**" (Negrillas fuera de texto)

Esta norma fue declarada exequible por la Corte<sup>7</sup>, quien consideró que la imposición legal a las entidades territoriales, para aportar recursos destinados a

---

<sup>7</sup> Expresó la Corte Constitucional: "A este aspecto debe contraerse el análisis de la Corte. Se pregunta la Corporación si desconoce el ámbito legítimo de la autonomía territorial, la disposición legal que, en punto a la financiación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, resuelve dejar librada a la libre decisión de las entidades territoriales la aportación de recursos presupuestales, pero en el evento de que lo hagan obliga a que el monto del aporte de la nación o de aquéllas no podrá ser inferior al 50% del total de los subsidios destinados al pago de las tarifas de los servicios públicos de las personas de menores ingresos.

"4. La Constitución Política atribuye al Congreso la función de fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación (C.P., art. 367). Así los servicios públicos domiciliarios se presten directamente por cada municipio, bajo el apoyo y la coordinación de los departamentos (C.P., art. 367), **en principio, no quebranta el principio de autonomía territorial, una ley que establezca competencias y responsabilidades en lo que tiene que ver con la financiación de la prestación de dichos servicios.** El ejercicio de la citada atribución constitucional, necesariamente tiene proyección en el ámbito territorial. De otro lado, la asignación de competencias y responsabilidades en materia de financiación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, no es concebible sin que se establezca la cuota de apoyo y carga económica que le corresponde a la nación y a las entidades territoriales y las cuales, en últimas y de manera indefectible, afectarán sus presupuestos y rentas. Respecto de éstas últimas, es importante recordar que "no se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas" (C.P. art. 356).

"La concesión de subsidios autorizada en el artículo 368 de la C.P., no puede llevarse a cabo si no se arbitran los recursos para tal efecto por parte de la nación y demás entidades públicas. Determinar las fuentes de recursos para pagar dichos subsidios, tiene relación directa con la financiación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Dado que tanto la nación como las restantes

otorgar subsidios –por un cincuenta por ciento (50%)-, no vulneraba la autonomía territorial. Posteriormente esta norma fue modificada por el artículo 7 de la ley 632 de 2000:

“Art. 7. En el evento de que los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, **la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o municipal.**” (Negrillas fuera de texto)

La diferencia de este texto con el original radica en que desapareció el porcentaje mínimo del 50% de los aportes a cargo de las entidades estatales con destino a conceder los subsidios, de donde resulta que si bien subsiste la obligación, desaparece el porcentaje mínimo de recursos que debían destinar.

No obstante, considera la Sala que subsiste la obligación de subsidiar “la diferencia” a fin de asegurar los subsidios para los estratos 1, 2 y 3. Esta conclusión es válida, porque la parte final del artículo vigente dispone claramente que “... *la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades...*” allí mencionadas. De lo anterior se sigue que es innegable la obligación que tiene el Estado de subsidiar, y cubrir la totalidad del subsidio, si ello es menester, por expresa decisión del legislador. La dificultad que ofrece la actual norma es que no define la manera, porcentaje o monto como cada entidad, de las varias obligadas a subsidiar, contribuirá a este propósito, lo que puede conducir al desconocimiento de este deber y del correlativo derecho.

---

entidades, tienen en la Constitución el carácter de eventuales concedentes de subsidios, la ley podía determinar sus responsabilidades en el tema específico de la financiación de las aludidas ayudas.

“El porcentaje del 50% al cual deben ascender los aportes directos que soportan financieramente los subsidios, corresponde a una decisión de orden político y técnico libremente adoptada por el Legislador a la luz de las circunstancias y posibilidades reales existentes, que la Corte no está en capacidad de cuestionar. En este sentido, la obligatoriedad de que el aporte alcance el monto fijado, aparte de ser una regla típica de asignación de una responsabilidad económica, tiene explicación en el hecho de que la otra mitad de la carga financiera pesa sobre los usuarios de los estratos altos a través del pago del gravamen al que se ha hecho mención. **Por esta razón, la exigencia de que se cumpla con el indicado porcentaje de financiación, lejos de vulnerar la autonomía de las entidades territoriales -en un campo además donde tienen responsabilidades propias "en los términos de la ley" -, lo que se propone es sentar una regla de equidad fiscal, que se quebrantaría si aquéllas deciden libremente, como lo prevé la norma, conceder subsidios, pero le dejan a los usuarios de altos ingresos toda la carga relativa a su financiación.** La idea que anima la norma, perfectamente constitucional, es la de que el subsidio, si se decide otorgar, se financie con la tributación que recae sobre un sector de la población en un 50% y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas, las cuales conjuntamente deberán efectuar los respectivos aportes.” (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, centrado el problema a nivel municipal, se encuentra que estas entidades territoriales, según el artículo 5.3 de la ley 142, deben: “Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 60/93 y la presente ley.”

Esta norma remite a la ley 60 de 1993, derogada por la Ley 715. Ésta última dispone, en el art. 78, que:

“Art. 78. *Destino de los recursos de la participación de propósito general.* Los municipios clasificados en las categorías 4a., 5a. y 6a., podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.

“El total de los recursos de la participación de propósito general asignado a los municipios de categorías Especial, 1a., 2a. y 3a.; el 72% restante de los recursos de la participación de propósito general para los municipios de categoría 4a., 5a. o 6a.; y el 100% de los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en la presente ley.

“Del total de dichos recursos, las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en **agua potable y saneamiento básico**. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a la financiación de inversiones en infraestructura, **así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.**

“El cambio de destinación de estos recursos estará condicionado a la certificación que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, en el sentido que el municipio o distrito tienen:

“a) Coberturas reales superiores a noventa por ciento (90%) en acueducto y ochenta y cinco por ciento (85%) en alcantarillado;

**“b) Equilibrio financiero entre las contribuciones y los subsidios otorgados a los estratos subsidiables, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 o aquellas que la modifiquen o adicionen;**

“c) Que existan por realizar obras de infraestructura en agua potable y saneamiento básico en el territorio del municipio o distrito, adicionales a las tarifas cobradas a los usuarios.

“La ejecución de los recursos de la participación de propósito general deberá realizarse de acuerdo a programas y proyectos prioritarios de inversión viables incluidos en los presupuestos.

(...)

La novedad de esta norma consistía en que el inciso 3 garantiza, para los SPD de acueducto –también llamado agua potable, según el artículo 14.22 de la ley 142-, alcantarillado y aseo –también llamados de saneamiento básico, según el artículo 14.19 de la ley 142-, un porcentaje de recursos de inversión para subsidios, garantía que no consagra para otros SPD. De manera que, en los dos casos indicados, los usuarios pueden exigir a los municipios una destinación mínima para la cobertura de los subsidios.

De otro lado, la Ley 1.176 de 2007 –que modificó la ley 715 de 2001- también dispone, en el art. 11, que:

**Artículo 11.** Destinación de los recursos de la participación de agua potable y saneamiento básico en los distritos y municipios. Los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico que se asignen a los distritos y municipios, se destinarán a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades:

- a) Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente;
- b) Pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley;
- c) Preinversión en diseños, estudios e interventorías para proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico;
- d) Formulación, implantación y acciones de fortalecimiento de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en las zonas urbana y rural;
- e) Construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo;
- f) Programas de macro y micromedición;
- g) Programas de reducción de agua no contabilizada;
- h) Adquisición de los equipos requeridos para la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico;



i) Participación en la estructuración, implementación e inversión en infraestructura de esquemas regionales de prestación de los municipios.

**Parágrafo 1°.** Las inversiones en proyectos del sector que realicen los distritos y municipios deben estar definidos en los planes de desarrollo, en los planes para la gestión integral de residuos sólidos y en los planes de inversiones de las personas prestadoras de servicios públicos que operen en el respectivo distrito o municipio.

**Parágrafo 2°.** De los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico de los municipios clasificados en categorías 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª, deberá destinarse mínimo el quince por ciento (15%) de los mismos a la actividad señalada en el literal a) del presente artículo.

En los eventos en los cuales los municipios de que trata el presente parágrafo hayan logrado el correspondiente equilibrio entre subsidios y contribuciones, podrán destinar un porcentaje menor de los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector de agua potable y saneamiento básico para tal actividad, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Según este artículo, el literal a) y el parágrafo 2 aseguran para los SPD de acueducto y saneamiento básico un porcentaje de recursos para subsidios, no así para los otros SPD. De aquí se desprende que, salvo en estos servicios, ni los usuarios ni las ESPD pueden exigir a los municipios una destinación mínima de recursos por este concepto. Es decir, que los municipios mantienen, en general, una libertad amplia y discrecional para presupuestar estos recursos.

En relación con los Departamentos y la Nación, ni la Ley 142, ni la 1.176 establecen una obligación específica –en términos de porcentajes económicos– para que destinen recursos para los subsidios de los SPD, de allí que el tema queda librado a la discusión acerca de la manera como se puede vincular a estas entidades en orden a dar aplicación al art. 89.8.

La Sala estima que, con fundamento en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, que debe existir para el ejercicio de las competencias de las entidades territoriales –art. 288 CP.–, los organismos a que se refiere el art. 368 CP. deben contribuir para el cabal desarrollo de los mandatos constitucional y legal, a fin de alcanzar, en materia de subsidios, a cubrir “... *la diferencia... con otros recursos de los presupuestos de las entidades...*”.

No obstante lo dicho, tratándose de la Nación, y para el caso del SPD de energía, la Ley 143 de 1.994 dispone:

**“ARTÍCULO 3o.** En relación con el servicio público de electricidad, al Estado le corresponde:

“...”

**“g) Asegurar la disponibilidad de los recursos necesarios para cubrir los subsidios otorgados** a los usuarios de los estratos I, II y III y los de menores ingresos del área rural, para atender sus necesidades básicas de electricidad.

**“PARÁGRAFO. Para garantizar el cumplimiento de lo previsto en los incisos anteriores,** el Gobierno Nacional dispondrá de los recursos generados por la contribución nacional de que habla el artículo 47 de esta Ley y por los recursos de presupuesto nacional, que deberán ser apropiados anualmente en el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

“No obstante, de conformidad con el artículo 368 de la Constitución Política, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos.” (Negrillas fuera de texto)

**“ARTÍCULO 47.** En concordancia con lo establecido en el literal h) del artículo 23 y en el artículo 6 de la presente Ley, aplíquense los factores para establecer el monto de los recursos que los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales deben hacer aportes que no excederán del 20% del costo de prestación del servicio para subsidiar los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de menores ingresos.

**“El faltante de los dineros para pagar la totalidad de los subsidios será cubierto con recursos del presupuesto nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3o de la presente Ley, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluirá las apropiaciones correspondientes en el presupuesto general de la Nación.**

“El valor de los aportes para cada sector de consumo será definido anualmente por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

“Los subsidios se pagarán a las empresas distribuidoras y cubrirán no menos del 90%, de la energía equivalente efectivamente entregada hasta el consumo de subsistencia a aquellos usuarios que por su condición económica y social tengan derecho a dicho subsidio según lo establecido por la ley.

“Los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas deberán también pagar la contribución.

“Autorízase al Gobierno Nacional para que en concordancia con lo estatuido en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios establezca el

mecanismo especial a través del cual se definirán los factores y se manejarán y asignarán los recursos provenientes de los aportes.

“Las empresas de electricidad recaudarán las sumas correspondientes a estos factores en las facturas de cobro por ventas de electricidad, estableciendo claramente el monto de las mismas.

“Así mismo, en las facturas de los usuarios de menores ingresos establecerán el valor del subsidio otorgado. Las empresas recaudadoras consignarán el excedente dentro de los 30 días siguientes a su recaudo en la entidad o entidades que el Gobierno señale para tal fin.

“El subsidio neto que atiende el presupuesto nacional debe ser cancelado a las empresas beneficiarias dentro de los 60 días siguientes a su facturación.” (Negrillas fuera de texto)

Considera la Sala que estas dos normas establecen una obligación clara a cargo de la Nación, en materia del servicio de energía: subsidiar los estratos 1, 2 y 3. Las disposiciones expresan que el Ministerio de Hacienda deberá incluir las apropiaciones correspondientes en el presupuesto anual. Tal obligación, no obstante, se da únicamente en relación con el déficit de subsidios que existan; de manera que donde haya déficit surge la obligación de la Nación. Este precepto no se aplica, sin embargo, a otros servicios públicos domiciliarios.

A partir de 2003 una norma similar a la de la energía rige para el servicio público de telefonía, pues la ley 1.341 establece que:

*“ARTÍCULO 69. TRANSICIÓN PARA LOS ACTUALES PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELEFONÍA PÚBLICA BÁSICA CONMUTADA LOCAL (TPBCL) Y LOCAL EXTENDIDA (TPBCLE). Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones establecidos para TPBCL y TPBCLE, destinarán directamente a sus usuarios de estratos 1 y 2, la contraprestación de que trata el artículo 36 de la presente ley por un período de cinco (5) años, contados a partir del momento en que dicho artículo se reglamente. Durante este periodo se continuará aplicando el esquema de subsidios que establece la Ley 142 de 1994.*

**“Autorízase a la Nación a presupuestar los recursos necesarios para pagar el déficit entre subsidios y contribuciones derivados de la expedición de la Ley 812 de 2003. La Nación pagará el ciento por ciento del monto del déficit generado por la Ley 812 en las siguientes tres (3) vigencias presupuestales a la aprobación de la presente ley, para lo cual se tendrá en cuenta la verificación que realice el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del cumplimiento de los límites, en cuanto a subsidios, derivados de la aplicación de la Ley 142 de 1994.**

“El déficit generado en el período de transición que no sea posible cubrir con el valor de la contraprestación que trata el artículo 36, será cubierto

anualmente por el Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de acuerdo con los informes presentados en los formatos definidos para tal fin.

“PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones evaluará si el monto total de la contraprestación que le correspondería pagar a las empresas fue destinado a la cobertura del subsidio. En caso de que existiese superávit de recursos estos serán reintegrados al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

“PARÁGRAFO 2o. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, promocionará a través del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, durante el período de transición al que hace referencia el presente artículo, proyectos de masificación de accesos a banda ancha en estratos 1 y 2 sobre las redes de TPBCL y TPBCLE.”  
(Negrillas fuera de texto)

Esta ley también impuso a la Nación la obligación de asumir la diferencia total de los subsidios no cubiertos a partir de 2003, es decir, en forma retroactiva a la vigencia de la ley, que se expidió en 2009. Por tanto, hasta ese año, el déficit será cubierto por todas las entidades a que se viene aludiendo, y a partir de allí la Nación lo asume totalmente.

Pero deben hacerse otras precisiones en relación con el servicio de telefonía, tras la expedición de la ley 1.341. En primer lugar, que se ratificó su carácter de “servicio público”<sup>8</sup>, aunque se le quitó la connotación de “domiciliario”, de manera que por ese sólo hecho fue excluido de la ley 142 de 1994. En adelante, su régimen es otro, aunque el artículo 73 hace extensivas algunas disposiciones especiales de la ley 142<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> “Art. 10. *HABILITACIÓN GENERAL*. A partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que **es un servicio público** bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.” (Negrillas fuera de texto)

<sup>9</sup> “Art. 73. *VIGENCIA Y DEROGATORIAS*. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación, con excepción de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 36, 68 con excepción de su inciso 1o, los cuales empezarán a regir a partir de los seis meses siguientes a su promulgación y regula de manera integral el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

“Sin perjuicio del régimen de transición previsto en esta ley, quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias y, en especial, la Ley 74 de 1966, la Ley 51 de 1984, la Ley 72 de 1989, el Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 1065 de 2006, la Ley 37 de 1993, lo pertinente de los artículos 33, 34, 35 y 38 de la Ley 80 de 1993, la Ley 422 de 1998, la Ley 555 de 2000, el artículo 11 de la Ley 533 de 1999 y el artículo 6o de la ley 781 de 2002, todos exclusivamente en cuanto hagan referencia a los servicios, las redes, las actividades y los proveedores, y en cuanto resulten contrarios a las normas y principios contenidos en la presente ley.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el régimen jurídico de los subsidios está destinado a desaparecer en este servicio público “no domiciliario”, porque el art. 368 CP. sólo los garantiza para los “domiciliarios”. No obstante, y en forma transitoria, el inciso primero del art. 69 los conserva durante 5 años, contados desde la reglamentación de esta disposición: “Durante este periodo se continuará aplicando el esquema de subsidios que establece la Ley 142 de 1994”. En estos términos, vencido el plazo desaparecerán.

De otro lado, en relación con los servicios públicos domiciliarios se debe precisar que las empresas operadoras no tienen la obligación de subsidiar a los usuarios, pues ninguna norma impone ese deber. No obstante, les corresponde administrar el recaudo de las contribuciones de los estratos 5 y 6 y de los sectores industrial y comercial, destinadas a conceder subsidios a los estratos bajos.

Lo anterior significa que no tienen la obligación de trasladar los subsidios a los usuarios, si no están garantizados los recursos para ello, por parte de las entidades responsables de los mismos, lo que implica que sólo hasta la concurrencia de los recursos disponibles están obligadas a reconocer los subsidios correspondientes. En cuanto a la forma en que aquellos se otorgan, el art. 99 de la ley 142 establece los requisitos:

i) En primer lugar, se “Debe indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado”.

ii) “Se señalará la entidad prestadora que repartirá el subsidio”, advirtiendo que según el art. 99.9 de la ley 142: “Los subsidios que otorguen **la Nación y los**

---

**“A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4 sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.**

“En caso de conflicto con otras leyes, prevalecerá esta.

“Las excepciones y derogatorias sobre esta ley por normas posteriores, deberán identificar expresamente la excepción, modificación o la derogatoria.” (Negrillas fuera de texto)

**departamentos** se asignarán, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos. En consecuencia y con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley para ninguna persona natural o jurídica.” (Negrillas fuera de texto)

iii) Lo que se puede subsidiar es el “consumo de subsistencia”, no el consumo que exceda este factor.

iv) No se pueden *subsidiar los costos de* “Administración, Operación y Mantenimiento”, conocidos como AOM, condición declarada exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-566 de 1995, en los siguientes términos: “En su lugar, la alternativa del equilibrio entre los principios, parece a juicio de la Corte la más razonable. La premisa de esta escogencia del Legislador, consiste en limitar el monto del subsidio a un nivel que pueda sufragarse con cargo principal -entre otras fuentes- a los gravámenes que se imponen a los usuarios de los estratos altos, los que serían desproporcionados si se hubiese establecido un subsidio total. Adicionalmente, la exclusión del subsidio respecto de los costos de administración, operación y mantenimiento del servicio, lo que también explica la limitación en el monto total del subsidio, garantiza el nivel mínimo de eficiencia compatible con la concesión de la ayuda estatal.”

v) El subsidio, según el artículo 99.6, “... En ningún caso... será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1.”<sup>10</sup> Esto, sin embargo, fue modificado por la ley 812 de 2003 -Plan Nacional de Desarrollo-, que, en el art. 116, dispuso que:

“Artículo 116. *Subsidios para estratos 1, 2 y 3.* La aplicación de subsidios al costo de prestación de los servicios públicos domiciliarios de los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir de la vigencia de esta ley y para los años 2004, 2005 y 2006, deberá hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

---

<sup>10</sup> Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-566 de 1995, aduciendo que no implica un tratamiento desigual frente a otros usuarios, y que, además, no existe la obligación de subsidiar la totalidad del consumo de los usuarios de menores ingresos.

“Las Comisiones de Regulación ajustarán la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo. **Este subsidio podrá ser cubierto por recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y de las Entidades Territoriales.**

“Parágrafo 1°. **Para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios se aplicarán de acuerdo con la disponibilidad de recursos de los entes que los otorguen, de tal forma que en ningún caso será superior al cuarenta por ciento (40%) del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al setenta por ciento (70%) para el estrato 1.**

“Parágrafo 2°. En todos los servicios públicos domiciliarios, se mantendrá el régimen establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994 para la aplicación del subsidio en el estrato 3.” (Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, la ley 1.151 de 2007 –Plan Nacional de Desarrollo para el período 2006-2010-, determinó sobre el mismo tema, en reemplazo de la norma anterior:

“Art. 99. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios en ningún caso serán superiores al setenta por ciento (70%) del costo del suministro para el estrato 1, cuarenta por ciento (40%) para el estrato 2 y quince por ciento (15%) para el estrato 3.

Ambas normas señalan que los subsidios para acueducto, alcantarillado y aseo se aplicarán, según la disponibilidad de recursos de las entidades que los atienden, lo que reduce la garantía para los usuarios, pues desaparece parcialmente lo establecido en el artículo 89.8 de la ley 142 para estos tres servicios, en el sentido de que las entidades que pueden subsidiar deben cubrir la diferencia que resulte de aplicar los recursos del Fondo de Solidaridad y el valor efectivo de estos.

En cuanto al porcentaje máximo de los subsidios, se dispuso que para el estrato 2 en ningún caso serán superiores al 40% del costo medio del suministro -se mantiene así lo indicado en el art. 99.6 de la ley 142-. Para el estrato 1 se dice que en ningún caso serán superiores al 70%; al paso que la ley 142 establecía que no será superior al 50%, luego se incrementó el techo para este subsidio.

A manera de conclusión, el subsidio para los SPD de acueducto, alcantarillado y aseo en los estratos 1 y 2 será máximo del 70% para el primero y del 40% para el segundo. El estrato 3 mantiene el 15%, según establece el artículo 99.6 de la ley 142 y el art. 99 de la ley 1.151.

El subsidio para los SPD de energía, telefonía y gas, en los estratos 1 y 2 será máximo del 50% para el primero y del 40% para el segundo, según lo establece el artículo 99.6 de la ley 142. Para el estrato 3 seguirá siendo máximo del 15%, según establece el artículo 99.6 de la ley 142.

Ya había llegado la Sala a estas mismas conclusiones, en la sentencia de 19 de abril de 2007 –exp. 15001-23-31-000-2004-00788-01. CP. Enrique Gil Botero-, tesis que se reitera ahora –con las precisiones hechas atrás para el servicio público de telefonía- en relación con la ley 1.341 de 2009:

“La Sala considera que, no obstante la modificación, es claro que subsiste la obligación de subsidiar, a cargo de todas las entidades mencionadas, sin embargo, se presenta una gran dificultad, al no haberse determinado el monto que cada una debe aportar, porque impide imputar a cada entidad una obligación concreta, lo que facilita el incumplimiento de la norma. En este sentido, dijo recientemente esta Sección –sentencia de 21 de febrero de 2007. Exp. AP 25000-23-25-000-2004-00413-01- que:

“Por el contrario, ha de señalarse que el otorgamiento de subsidios con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad constituye un deber a cargo de **la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas**, dentro del límite de sus posibilidades presupuestales y respectivas capacidades financieras. Sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, el **Estado** podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; sólo de esa manera podrá asegurarse el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población; no de otra forma podrá cumplirse el objetivo fundamental del **Estado** consistente en solucionar las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; el cumplimiento de ese deber constituye una vía cierta para que **la Nación** y las **entidades territoriales** cumplan con el mandato de darle prioridad al gasto público social; difícilmente puede encontrarse una forma diferente al cumplimiento de ese deber, para concretar en una realidad tangible el carácter social de nuestro Estado de derecho; mediante el cumplimiento de ese deber se contribuye de manera efectiva al propósito básico de asegurar la vida de los integrantes de menores ingresos del Pueblo colombiano, en condiciones dignas, dentro de un marco jurídico democrático que se traduzca realmente en un orden económico y social justo.

[...]



Así las cosas, aunque no exista una norma legal que de manera expresa disponga la constitución de un Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden nacional para cubrir los faltantes de los subsidios que se otorguen, a favor de las personas de menores ingresos, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto o de agua potable, de alcantarillado y aseo o saneamiento básico, cabe señalar que a **La Nación** también le corresponde interesarse en la apropiación de recursos presupuestales para esos fines y deberes.

“Así como los **departamentos, distritos y municipios** se encuentran en el deber de asumir responsabilidades en relación con el otorgamiento de subsidios, con cargo a sus presupuestos, para asegurar la prestación, a favor de las personas de menores ingresos, de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, de distribución de gas combustible, de telefonía fija pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural, también le corresponde a la **Nación** la responsabilidad y el deber del otorgamiento de esa clase de subsidios, con cargo a su presupuesto, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico.  
[...]

“Es por ello que conciente del panorama constitucional y fáctico que ha quedado descrito, el legislador sí ha contemplado y dispuesto, de manera expresa y a través de diversas disposiciones, que la **Nación** apropie recursos, con cargo a su presupuesto, con el propósito de conceder subsidios, a favor de las personas de menores ingresos, para asegurar la prestación efectiva y eficiente de la totalidad de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua potable y saneamiento básico.<sup>11</sup>”

---

<sup>11</sup> Esta tesis, sin embargo, ya venía siendo expuesta, entre muchas otras providencias, en el salvamento de voto de diciembre 4 de 2006, a la sentencia AP 00863 –demandado Municipio de Viracachá-, en el cual se dijo que “Ahora, con fundamento en los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, propios del ejercicio de las competencias de las entidades territoriales –art. 288 CP.-, los organismos a que se refiere el art. 368 de la CP deben contribuir para el cabal desarrollo de los mandatos constitucional y legal, a fin de alcanzar, en materia de subsidios, a cubrir “... la diferencia... con otros recursos de los presupuestos de las entidades...”. (...)

“En sentido contrario a mi interpretación del problema, la Sala sostiene, equivocadamente a mi juicio, que el municipio es el único responsable de cubrir los faltantes de subsidios, si bien la tesis se refiere solamente a algunos de los SPD, es decir que no los comprende a todos, aspecto que precisaré más adelante. Dice al respecto la providencia que:

“... en el evento de que dichos fondos (*se refiere a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos*) ... no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios para el consumo básico, **la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal** para que opere efectivamente: con otras palabras, **el municipio** debe definir qué sumas debe imputar a sus recursos presupuestales (de conformidad con las normas legales y reglamentarias) para **cubrir los faltantes.**” –fl. 29 de la sentencia-. (Negritas fuera de texto)

“Este criterio se me hace incorrecto y, lo que es peor, lo encuentro contrario al 368 de la CP. y a la ley 142 de 1994, pues –según quedó explicado, pero es necesario enfatizarlo para resaltar mi discrepancia, la primera norma precisa que “la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos...” (resalto fuera de texto) lo que está lejos de instituir al municipio como el único responsable de asumir esta carga económica; se trata, como se dijo, de una manera concreta, quizás la más, de realizar el Estado Social de Derecho, razón por la cual la Carta Política estimó que

---

subsidiar los S.P.D de la población económicamente más débil de la sociedad, es una obligación que cubre la totalidad del Estado y no únicamente uno de sus entes; entre otras razones, por que desde el punto de vista de los organismos públicos -y esto se hace más evidente con las entidades territoriales (departamentos y municipios)- existe una desigualdad similar y, a veces, paralela, de la que existe entre los diversos estratos sociales.

“Esta norma constitucional se interpreta y desarrolla por el artículo 89.8 de la ley 142, según el cual, cuando los recursos de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos no sean suficientes para cubrir los subsidios “... la diferencia será cubierta con otros **recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional**”, lo cual significa que todas esas entidades tienen, por regla general, la obligación de cubrir los faltantes de subsidios, obligación que, por lo tanto, no se puede circunscribir, también de manera general y por vía jurisprudencial, a una sola de tales entidades y, sobre todo, a aquella que, las más de las veces, es la económicamente más débil: el municipio.(...)”

“Compárese esta tesis con el texto del artículo 99.9 de la ley 142, según el cual “Los subsidios que otorguen **la Nación y los departamentos** se asignarán, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos...” (Negrillas fuera de texto), de donde se deduce, claramente que la nación y los departamentos también están obligados a aportar para los subsidios que aquí se comentan.

“La posición mayoritaria termina liberando, a mi juicio con desconocimiento de estas normas, a las demás entidades estatales, de la obligación que tienen de pagar los subsidios, o mejor de contribuir a hacerlo.

“Otra pareciera ser la doctrina constitucional contenida en la sentencia No. C-566 de 1995, construida frente al texto original del art. 89.8 de la ley 142...”

“Sostiene la Corte, y a esa tesis *-ratio decidendi* del fallo- me acojo, que la obligación de cubrir la diferencia para asegurar el pago de los subsidios, es conjunta, es decir de todas las entidades relacionadas en los arts. 368 de la CP. y 89.8 de la ley 142. Se destaca, pues, que no es únicamente el municipio quien debe cubrir los faltantes. Afirma la Corte, en este sentido, que:

... Dado que **tanto la nación como las restantes entidades, tienen en la Constitución el carácter de eventuales concedentes de subsidios**, la ley podía determinar sus responsabilidades en el tema específico de la financiación de las aludidas ayudas.

“El porcentaje del 50% al cual deben ascender los aportes directos que soportan financieramente los subsidios, corresponde a una decisión de orden político y técnico libremente adoptada por el Legislador a la luz de las circunstancias y posibilidades reales existentes, que la Corte no está en capacidad de cuestionar. En este sentido, la obligatoriedad de que el aporte alcance el monto fijado, aparte de ser una regla típica de asignación de una responsabilidad económica, tiene explicación en el hecho de que la otra mitad de la carga financiera pesa sobre los usuarios de los estratos altos a través del pago del gravamen al que se ha hecho mención... La idea que anima la norma, perfectamente constitucional, es la de que el subsidio, si se decide otorgar, se financie con la tributación que recae sobre un sector de la población en un 50% y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas, **las cuales conjuntamente deberán efectuar los respectivos aportes.**” (Negrillas fuera de texto)

“A partir de allí, sostiene que el municipio debe cubrir el faltante únicamente en los SPD de acueducto, alcantarillado y aseo; pero frente a los servicios de energía, telefonía y gas, la obligación corresponde exclusivamente a la nación. Yo no encuentro fundamento normativo para esta distinción, salvo -como se vio- en el caso del SPD de energía eléctrica. Por el contrario, tal como lo establece la ley, la obligación existe frente a todos los demás SPD, y afecta a todas las entidades estatales relacionadas en los arts. 368 CP y 89.8 de la ley 142.

“En mi criterio, a los municipios -al igual que a la nación, los departamentos y los distritos- les corresponde subsidiar todos los SPD, con la sola excepción del SPD de energía -por la existencia de una norma expresa, ley 143, que le atribuye esta obligación a la nación, circunstancia que ya fue objeto de comentario anterior-. Igual obligación recae sobre las demás entidades relacionadas en el art. 89.8 de la ley 142, pues claramente se establece que la diferencia requerida para cubrir el total

“De manera que, incluso, tratándose de los servicios públicos de energía eléctrica, telefonía y gas, también existe la obligación de que los subsidios sean cubiertos por las diferentes entidades estatales. Sin embargo, al igual que las normas anteriormente citadas, no se señala el valor con el cual deben participar cada una de las entidades, de manera que persiste la dificultad de imputarles un aporte económico muy concreto.

“De otro lado, respecto a la obligación que tienen los municipios de subsidiar, concretamente frente a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, establece el artículo 78, inciso 3, de la Ley 715 de 2001, que el 41% de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones para propósito general se destinará a la financiación de inversiones en infraestructura para el sector de agua potable y saneamiento básico, así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables<sup>12</sup>.

---

de los subsidios se hará con “... los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional”.

“A mi juicio no cabe deducir de esta norma, como lo hace la Sala, que el municipio sea quien deba cubrir la totalidad de los faltantes de recursos para unos SPD, y la nación para otros, además de que dicha conclusión produce dos efectos, negativos. i) De un lado, se desprotege a los usuarios económicamente débiles, porque, en lugar de contar con la garantía de varios patrimonios públicos potenciales, para que financien los subsidios, la misma se reduce a uno sólo, en cada servicio, y ii) de otro lado, se elimina la obligación que existe de subsidiar, normativamente hablando, a cargo de los demás entes públicos –los departamentos-, atribuyéndosele esta carga a una sola entidad. A mi modo de ver, allí se estaría produciendo una modificación a la legislación vigente, afectando todo el sistema de los SPD”.

<sup>12</sup> Dispone esta norma que: “Art. 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4a., 5a. y 6a., podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.

“El total de los recursos de la participación de propósito general asignado a los municipios de categorías Especial, 1a., 2a. y 3a.; el 72% restante de los recursos de la participación de propósito general para los municipios de categoría 4a., 5a. o 6a.; y el 100% de los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en la presente ley.

“Del total de dichos recursos, las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en **agua potable y saneamiento básico**. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a la financiación de inversiones en infraestructura, **así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.**

“El cambio de destinación de estos recursos estará condicionado a la certificación que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, en el sentido que el municipio o distrito tienen:

“Adicionalmente, también dispone la Ley 142, en el artículo 67.3., que la Nación también debe subsidiar los SPD de acueducto, alcantarillado y aseo, pues dispone que:

“Artículo 67. FUNCIONES DE LOS MINISTERIOS EN RELACION CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones:

“67.4. Identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación”

“Esta norma es bastante clara al establecer que los ministerios deben presupuestar los subsidios para los servicios de energía, gas combustible, telecomunicaciones, agua potable y saneamiento básico, de modo que no queda duda que incluso la Nación debe asumir esta obligación, de manera conjunta con las demás entidades estatales mencionadas hasta ahora.

“No obstante, en relación con la Nación, tratándose del servicio público de energía, la Ley 143 de 1994 dispuso, de manera especial, que:

“Artículo 3º. En relación con el servicio público de electricidad, al Estado le corresponde: [...]

g) Asegurar la disponibilidad de los recursos necesarios para cubrir los subsidios otorgados a los usuarios de los estratos I, II y III y los de menores ingresos del área rural, para atender sus necesidades básicas de electricidad.

PARÁGRAFO. Para garantizar el cumplimiento de lo previsto en los incisos anteriores, el Gobierno Nacional dispondrá de los recursos generados por la contribución nacional de que habla el artículo 47 de esta ley y por los recursos de presupuesto nacional, que deberán ser

---

“a) Coberturas reales superiores a noventa por ciento (90%) en acueducto y ochenta y cinco por ciento (85%) en alcantarillado;

**“b) Equilibrio financiero entre las contribuciones y los subsidios otorgados a los estratos subsidiables, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 o aquellas que la modifiquen o adicionen;**

“c) Que existan por realizar obras de infraestructura en agua potable y saneamiento básico en el territorio del municipio o distrito, adicionales a las tarifas cobradas a los usuarios.

“La ejecución de los recursos de la participación de propósito general deberá realizarse de acuerdo a programas y proyectos prioritarios de inversión viables incluidos en los presupuestos.  
[...]

apropiados anualmente en el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

No obstante, de conformidad con el artículo 368 de la Constitución Política, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos.

Artículo 47. En concordancia con lo establecido en el literal h) del artículo 23 y en el artículo 6 de la presente ley, aplíquense los factores para establecer el monto de los recursos que los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales deben hacer aportes que no excederán del 20% del costo de prestación del servicio para subsidiar los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de menores ingresos.

El faltante de los dineros para pagar la totalidad de los subsidios será cubierto con recursos del presupuesto nacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la presente ley, para lo cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluirá las apropiaciones correspondientes en el presupuesto general de la Nación”.

“Esta disposición, que asignaba a la nación la obligación, exclusiva, de asumir el faltante de recursos en el servicio de energía, fue recientemente modificada por la ley 1.117 de 2006, la cual dispuso, en el inciso final, sobre los servicios de energía y gas, que:

“Artículo 3. Aplicación de subsidios. La aplicación de subsidios al costo de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y de gas combustible para uso domiciliario distribuido por red de tuberías de los usuarios pertenecientes a los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir del mes de enero de 2007 hasta diciembre del año 2010, deberá hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes como máximo a la variación del Índice de Precios al Consumidor, sin embargo, en ningún caso el porcentaje del subsidio será superior al 60% del costo de la prestación del servicio para el estrato 1 y al 50% de éste para el estrato 2.

Los porcentajes máximos establecidos en el presente artículo no aplicaran para el servicio de energía eléctrica de las zonas no interconectadas.

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, ajustará la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo a más tardar el 31 de diciembre de 2006. **Este subsidio podrá ser cubierto con recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y/o de las Entidades territoriales.** (Negritas fuera de texto)

“En conclusión, para la Sala es claro que todas las entidades a que se refiere el artículo 368 de la CP tienen la obligación de aportar recursos para subsidiar todos los servicios públicos domiciliarios a que se refieren las Leyes 142 y 143 de 1994. Otro es el problema de determinar la manera como debe concurrir cada entidad para cubrir los faltantes de contribuciones.

“En este sentido, dicho sea de paso, resulta inaplicable, por ilegal, el decreto reglamentario No. 1013 de 2005, el cual dispone que a los municipios les corresponde asumir, frente a los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el total del faltante para subsidios, cuando las contribuciones no sean suficientes – art. 2 num. 5<sup>13</sup>-. En efecto, esta norma le asigna a los municipios la responsabilidad, exclusiva, de subsidiar los usuarios de dichos servicios; cuando la Constitución Política, pero sobre todo la ley, dispone que esta carga social queda en manos de todas las entidades mencionadas.

“Por las razones expuestas hasta ahora, resulta inamisible que el reglamento varíe las obligaciones establecidas en normas superiores, intentando asignar a una sola entidad la obligación que deben soportar todas.

“De otro lado, en cuanto a la posible obligación de subsidiar, a cargo de los distintos operadores de los servicios públicos, para la Sala es claro que no existe disposición jurídica en este sentido. Su deber consiste en otorgar subsidios, pero con los recursos que recauda de las contribuciones, más los que recibe de las entidades obligadas a subsidiar. No obstante, en caso de que sean insuficientes, o si las entidades estatales no hacen los aportes que les corresponden, el operador no asume responsabilidad alguna frente a los usuarios.

---

<sup>13</sup> “ARTÍCULO 2o. *METODOLOGÍA PARA LA DETERMINACIÓN DEL EQUILIBRIO*. La presente metodología deberá llevarse a cabo cada año para asegurar que para cada uno de los servicios, el monto total de las diferentes clases de contribuciones sea suficiente para cubrir el monto total de los subsidios que se otorguen en cada Municipio o Distrito por parte del respectivo concejo municipal o distrital, según sea el caso, y se mantenga el equilibrio. Esta metodología corresponde a la descrita en los siguientes numerales:

[...]

5. Recibida por parte del alcalde municipal o distrital la solicitud o solicitudes de que trata el numeral anterior, procederá a analizarlas y a preparar un proyecto consolidado sobre el particular para ser presentado a discusión y aprobación del concejo municipal o distrital, quien, conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar dicho faltante, teniendo en consideración prioritariamente los recursos con los que cuenta y puede contar el municipio o distrito en el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con base en las fuentes de recursos para contribuciones señaladas en el artículo 3° del Decreto 849 de 2002 y demás normas concordantes”.

“No obstante esto, recientemente el decreto No. 057 de 2006 dispuso, ilegalmente, que en caso de que no se haya logrado el equilibrio entre los subsidios y las contribuciones, luego de aplicar una serie de procedimientos que buscan evitarlo – art. 6<sup>14</sup>-, entonces las personas prestadoras de naturaleza pública -sólo estas- asumirán el valor necesario para lograr dicho equilibrio.

“Esta norma viola claramente las leyes que se vienen comentando, pues le asigna a las empresas públicas la obligación de subsidiar, violando flagrantemente la ley, motivo por el cual se debe inaplicar.

“Entre otras cosas, si se aceptara su contenido, sólo en gracia de discusión, este decreto también sería lesivo al derecho a la igualdad, así como también atentaría contra la competencia leal, pues le asigna a los operadores públicos una obligación económica que no asumen los demás.

“Del mismo modo, esto tendría un efecto pernicioso sobre los usuarios de las empresas privadas, pues éstos no gozarían de la misma garantía que se daría a los usuarios de las entidades oficiales, lo cual carece de justificación constitucional alguna.

“En este orden de ideas, la Sala reitera que el deber de cubrir los faltantes de subsidios se encuentra a cargo de todas las entidades a que se refiere el artículo 368 CP y el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, y demás normas concordantes.”

Recientemente la Sección Cuarta de esta Corporación conoció de una demanda de nulidad contra los arts. 3<sup>15</sup> y 7<sup>16</sup> del decreto 057 de 2006 –sentencia de 25 de

---

<sup>14</sup> “ARTÍCULO 6o. Cuando no se haya logrado el equilibrio entre subsidios y contribuciones, podrán seguirse, entre otros, cualquiera de los siguientes procedimientos o su combinación, a fin de procurar el mencionado equilibrio:

1. El Alcalde municipal o distrital, podrá solicitar a la empresa prestadora que se apliquen los porcentajes de subsidios que este defina, para lo cual deberá comprometerse a cubrir los faltantes generados.
2. Las persona prestadoras podrán aplicar, como política comercial, los niveles de subsidios que, dentro de los topes establecidos en la norma vigente, consideren apropiados, para lo cual podrán establecer transiciones sin poner en riesgo su suficiencia financiera.
3. El municipio o distrito de manera conjunta con las personas prestadoras, podrá acordar alternativas para ajustar los subsidios en el tiempo, de acuerdo con las condiciones de disponibilidad de recursos”.

<sup>15</sup> “Art. 3. NIVEL MÍNIMO DEL FACTOR DE APORTE SOLIDARIO. Para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el que se define a continuación:

“Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%)

marzo de 2010, exp. 16.078-. En armonía con la tesis que venía sosteniendo la Sección Tercera, la sentencia anuló ambas disposiciones, expresando sobre la primera:

“Entonces cabe preguntar si corresponde a esa metodología que el Gobierno haya establecido, mediante la norma demandada, que para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el siguiente:

*Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%)*

*Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%)*

*Usuarios Comerciales: (50%)*

*Usuarios Industriales (30%)”*

La respuesta claramente es negativa. Si bien el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 dispuso que debía lograrse y mantenerse un equilibrio entre el monto de las contribuciones y los subsidios mediante el ajuste del porcentaje que fuera necesario, dicho ajuste y, por ende, el equilibrio debían determinarse por una metodología que establecería el Gobierno Nacional. Sin embargo, el Gobierno, mediante la norma demandada, ajustó directamente el nivel mínimo del factor sin estar facultado para ello.

Conforme a las normas legales invocadas, al Gobierno le correspondía establecer una metodología, esto es, un conjunto de métodos o procedimientos, para calcular el ajuste al porcentaje del factor con el fin de lograr y mantener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios, pero no le correspondía ajustar directamente ese porcentaje.

En efecto, el Decreto acusado fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de dar cumplimiento al artículo 2 de la ley 632 de 2000. Y como se observa, la

---

“Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%)

“Usuarios Comerciales: (50%)

“Usuarios Industriales (30%)”

<sup>16</sup> “Decreto 057 de 2006 artículo 7. Si, una vez aplicados los procedimientos mencionados en el artículo anterior no se lograre el equilibrio entre subsidios y contribuciones, durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo asumirán dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr dicho equilibrio, tomando como referente el porcentaje de los subsidios aplicados a diciembre de 2005 en los correspondientes municipios y/o distritos.”

“Decreto 2825 de 2006 artículo 2. Modificar el artículo 7 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006, el cual quedará así:

“Art. 7o. Si, una vez aplicados los procedimientos mencionados en el artículo anterior no se lograre el equilibrio entre subsidios y contribuciones, hasta el 31 de diciembre de 2006, las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, asumirán dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr dicho equilibrio, tomado como referente el porcentaje de los subsidios aplicados a diciembre de 2005 en los correspondientes municipios y/o distritos”.



norma que es objeto de reglamentación, mediante la disposición acusada, estableció que el Gobierno debía determinar una metodología para ajustar el porcentaje del factor y así lograr y mantener un equilibrio frente a los subsidios.

Así mismo, la metodología radica en definir una forma o un método o serie de ellos para calcular los ingresos esperados por contribuciones y para estimar los egresos necesarios para atender los subsidios, de manera que ello dé lugar a la determinación de un porcentaje que, aplicado a las contribuciones, resulte el equilibrio esperado legalmente. Sin embargo, se repite, el Gobierno fijó unas tarifas mínimas sin ninguna metodología.

Ahora bien, el Ministerio de Ambiente, en la contestación a la demanda, precisó que el Gobierno, mediante el Decreto 1013 de 2005, estableció el procedimiento para reducir el déficit entre las contribuciones y los subsidios. Y que como la Superintendencia de Servicios Públicos estableció que durante el 2001 al 2004 se presentó un desequilibrio entre aportes solidarios y subsidios a nivel nacional cercano a los 181.774 mil millones de pesos, el Gobierno, con el ánimo de evitar esta situación y de buscar instrumentos para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos bajo el principio de solidaridad, expidió el Decreto 057 de 2006 como complemento a la metodología señalada en el Decreto 1013 de 2005. Lo cual no significó definición de tarifa alguna, sino de reglas mínimas.

Para la Sala el argumento expuesto como defensa del acto demandado confirma su ilegalidad. En efecto, el Decreto 1013 de 2005 fue expedido por el Gobierno Nacional en virtud del artículo 2 de la Ley 632 de 2000 para establecer la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

La metodología fue la siguiente (artículo 2): (...)

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno Nacional fijó la metodología ordenada por el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 en el Decreto 1013 de 2005 y dispuso que era el Concejo Municipal o Distrital el ente encargado de definir el porcentaje de aporte solidario necesario para lograr y mantener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios según el procedimiento reseñado. En consecuencia, menos podía obviar esa metodología y establecer, sin ningún parámetro y sin estar facultado para ello, los porcentajes mínimos del factor. Tampoco se advierte que el artículo 3 demandado conforme con el Decreto 1013 de 2005 una unidad normativa o se complementen. Si bien, mediante el Decreto 057 de 2006, el Gobierno estableció unas “reglas” para la aplicación del factor de aporte solidario, y ello podría hacer parte de la facultad para fijar la “metodología”, esta facultad no lo autorizaba para señalar el porcentaje de la contribución, como en efecto lo hizo en el artículo 3.

Cuando el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que el Presidente de la República debe ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, atiende al principio de “necesidad” y excluye la posibilidad de establecer disposiciones nuevas o exceder el alcance de la Ley. En este caso lo excedió, como quedó visto.

Además, no debe perderse de vista que el “factor” es un impuesto para cuyo establecimiento debe respetarse el principio de legalidad tributaria, conforme al cual, corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales, en las condiciones que establezca la Ley (150 -12 C.P.). El principio de legalidad es ratificado por el artículo 338 ibídem que señala que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

Significa lo anterior que sólo los órganos de representación popular pueden establecer los impuestos y definir los elementos esenciales de los mismos.

**Pero en este caso, el Ejecutivo, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, definió el porcentaje del factor de aporte solidario o de la contribución de solidaridad sin tener competencia para ello, ya que sólo había sido facultado para fijar una metodología. Es evidente, en consecuencia, la incompetencia del Gobierno Nacional para expedir la norma demandada. Prospera el cargo de nulidad.” (Negrillas fuera de texto)**

De otro lado, y sobre el art. 7 del mismo decreto, indicó la Sección Cuarta:

“Las razones de ilegalidad expuestas en la demanda consisten en señalar que mientras el numeral 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000, establece que en el evento de que los 'Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos' no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional; las normas demandadas señalan a las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, las que deben asumir dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr ese equilibrio.

La Sala comparte el cargo de ilegalidad de la demandante y el concepto del Ministerio Público que solicita que se declare la nulidad de estas disposiciones.

En efecto, como se precisó en el primer cargo de esta providencia, la Constitución Política y la ley prevén un beneficio para los usuarios de servicios públicos de menores recursos, consistente en el pago subsidiado de las tarifas, de manera parcial, de sus consumos básicos. Este subsidio se financia: una parte con la tributación que recae sobre un sector de la población (factor) y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas.

Estos subsidios tienen su origen constitucional en el artículo 368 según el cual 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.

Legalmente esta disposición tiene desarrollo en el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000 que dispone que en el evento de que los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos.

Como se observa, es clara la norma legal cuando señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal deben cubrir la diferencia de los subsidios que no se pudieron cubrir con los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos. El Ejecutivo excedió su facultad reglamentaria cuando dispuso que esa diferencia sería cubierta por las personas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo.

De aceptarse la distinción que efectúa el reglamento implicaría considerar que en aquellos municipios donde no existan personas públicas prestadoras de los mencionados servicios públicos, no habría lugar a cubrir ese déficit en la medida en que eliminó la obligación a cargo del municipio de recurrir a su propio presupuesto para tal fin.

(...)

Se evidencia del análisis de esta jurisprudencia un propósito de equidad y de generalidad en el otorgamiento de los subsidios a usuarios de menores ingresos. Tales propósitos pugnan con la disposición acusada en cuanto ésta impone a cargo de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y no a cargo de la Nación y demás entidades territoriales, la obligación de asumir la diferencia de los subsidios que no se alcanzaron a cubrir con los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos". La norma superior reglamentada no distingue si las entidades que tienen esa obligación son prestadoras o no de servicios públicos domiciliarios, por lo tanto el reglamento no podía hacerlo, so pena de exceder el alcance de la ley.

Por las razones anteriores, se declarará la nulidad de los artículos 7 del Decreto 057 de 2006 y 2 del Decreto 2825 de 2006 que lo modificó."

De esta manera, existe uniformidad entre el criterio de la Sección Cuarta, expresado en esta providencia, y el que venía sosteniendo la Sección Tercera.

#### **1.4. La regulación de los fondos de solidaridad y redistribución social de ingresos y su respectivo comité de vigilancia.**

Por la trascendencia social de los subsidios, que tienen como fuente las contribuciones pagadas por los estratos 5 y 6 y el sector industrial y comercial, más los aportes de las entidades estatales, la misma Ley 142 de 1994, en el artículo 89, creó los denominados Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos. La norma estableció al respecto:

“Artículo 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponda al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo a lo establecido en el artículo 89.2 de la presente ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso”.

Según este precepto legal, los Fondos de Solidaridad constituyen un mecanismo administrativo que sirve para realizar la administración de los recursos que se destinan para pagar subsidios, en cualquiera de los servicios públicos. No obstante, esta norma fue derogada, parcialmente, por los incisos 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 286 de 1986, los cuales establecen que:

“Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial, hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas distribuidoras de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), y su destinación se hará de conformidad con lo establecido en el numeral 89.3 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de telefonía básica conmutada para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona

territorial hubiere excedentes, estos serán transferidos por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al 'Fondo de Comunicaciones del Ministerio' de la Nación (Ministerio de Comunicaciones) el cual los destinará como inversión social al pago de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos I, II y III, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994”.

De conformidad con esta disposición, el régimen de los fondos es el siguiente: los municipios deben crear fondos para administrar las contribuciones excedentes en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; mientras que la Nación debe hacerlo para los servicios de energía, telefonía –con la limitación temporal que establece la ley 1341 de 2009- y gas.

Ahora bien, si los Fondos de Solidaridad arrojan excedentes, éstos se destinarán, conforme al artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994, de la siguiente manera:

“89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávit por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a 'fondos de Solidaridad y Redistribución de ingresos' para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los 'fondos de Solidaridad y Redistribución de ingresos' después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávit, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávit, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los "fondos de Solidaridad y Redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávit, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo”.

La norma anterior no se aplica para los servicios públicos de energía eléctrica, gas y telefonía básica porque, como se explicó anteriormente, todos los superávit de contribuciones van al fondo nacional correspondiente.

Para administrar los recursos destinados a subsidiar a las personas de menores ingresos que, según se ha dicho, pueden provenir de dos fuentes -*una*, de las contribuciones que pagan los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial; *otra*, de los aportes de las entidades públicas autorizadas u obligadas a subsidiar-, el art. 89 de la ley 142 de 1994 creó el “Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos”. Dice esta norma al respecto que:

“Art. 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

**“Los concejos municipales están en la obligación de crear “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.”**

Esta norma fue modificada, en forma parcial, por el art. 5, incisos 3 y 4, de la ley 286 de 1996, que establece:

“Art. 5. “...” “Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de **energía eléctrica y de gas combustible** distribuido por red física, para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial, **hubiere excedentes, éstos serán transferidos** por las empresas distribuidoras de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, **al “Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos” de la Nación (Ministerio de Minas y Energía)**, y su destinación se hará de conformidad con lo establecido en el numeral 89.3 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

“Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de **telefonía básica conmutada** para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial **hubiere excedentes, éstos serán transferidos** por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, **al “Fondo de Comunicaciones del Ministerio” de la Nación (Ministerio de Comunicaciones)** el cual los destinará como inversión social al pago

de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos I, II y III, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994.”

Según esta norma, los excedentes de las contribuciones, en los servicios de energía eléctrica, gas combustible y telefonía pública básica conmutada –éste último durante los cinco años siguientes a la reglamentación de la ley 1.341 de 2009- , ya no pasan a los Fondos de Solidaridad locales sino al Fondo Nacional. Frente a los demás servicios -acueducto, alcantarillado, aseo y telefonía móvil rural- los Fondos territoriales mantienen su vigencia y utilidad, en los términos previstos por el art. 89 de la ley 142.

Lo cierto del caso -y quedando advertido lo analizado hasta ahora- es que los fondos locales fueron creados para recibir los recursos provenientes de los excedentes de contribuciones –que aplican directamente las Empresas de SPD- y los recursos provenientes de las entidades que han concedido subsidios<sup>17</sup>. Si, luego de hacer la anterior operación, quedan excedentes, prescribe la ley 142 de 1994 que:

“89.2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas

---

<sup>17</sup> Dice el artículo 6 del decreto 847 de 1997: “Sujetos responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad. Son responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad, las siguientes personas:

“1. Las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.

“2. Las personas autorizadas conforme a la ley y a la regulación para comercializar energía eléctrica o gas combustible distribuido por red física.

“3. Las personas que generen su propia energía, la enajenen a terceros y tengan una capacidad instalada superior a los 25.000 kilovatios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994.

“4. Las personas que suministren o comercialicen gas combustible por red física con terceros en forma independiente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.5 de la Ley 142 de 1994.

“PARÁGRAFO 1o. Las personas de que trata este artículo deberán transferir los superávits del valor de la contribución con sujeción a las instrucciones que para el efecto le indique el Ministerio de Minas y Energía - Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos.

“PARÁGRAFO 2o. Las personas que de acuerdo con el presente artículo recauden contribuciones de solidaridad, deberán hacer devoluciones a los usuarios de sumas cobradas por tal concepto, cuando éstos demuestren que tienen derecho a ello, según la ley, utilizando para ello el mecanismo que para tal fin prevé el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 y harán los débitos correspondientes.”

pertinentes, de todo lo cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo."

Lo anterior no se aplica a los superávits de contribuciones de los servicios de energía, gas y telefonía básica, pues el art. 5 de la ley 286 señaló que los mismos van al fondo nacional correspondiente. A este mismo respecto, en anteriores oportunidades, esta Sala<sup>18</sup>, al analizar las normas mencionadas, llegó a similares conclusiones:

Dijo, de un lado, que los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos son una expresión de los principios constitucionales de solidaridad y redistribución a los que se debe someter el régimen tarifario de los SPD. Mediante ellos, se garantiza a los usuarios de dichos servicios, pertenecientes a los estratos 1, 2 y 3, el acceso real y efectivo a los mismos, pues, con los recursos de tales fondos se subsidia un porcentaje del valor de los consumos básicos o de subsistencia de estos usuarios.

De otro lado, concluyó que el numeral 1º del artículo 89 de la ley 142 de 1994 señala, como obligación de los municipios, la creación, a través del concejo municipal, de fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, cuyos recursos, provenientes de las transferencias realizadas por las empresas de servicios públicos en la forma señalada en el numeral 2º del mismo artículo, deben

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. AP-0417 de 2005 y AP-0293 de 2005.



destinarse a dar subsidios a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. En los términos de éste último numeral, la contribución de solidaridad debe ser pagada junto con el valor de la factura correspondiente, por los usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y por los usuarios industriales y comerciales, y es recaudada por las empresas de servicios públicos domiciliarios.

## **2. EL COMITÉ DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL Y EL COMITÉ DE CONTROL Y VIGILANCIA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN SOCIAL DE INGRESOS.**

La demanda tiene igualmente como objetivo ordenar la integración del “Comité de Control y Vigilancia” del Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos en el municipio de Topaipí.

La Sala observa que este comité no tiene antecedentes en la Constitución, ni en la ley, ni en los reglamentos y, en consecuencia, su creación obedece a una decisión eminentemente municipal<sup>19</sup>, y no constituye una instancia de participación de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, lo cual se infiere fácilmente de su composición, pues está integrado, en su mayor parte, por servidores públicos del mismo municipio y, excepcionalmente, por un delegado de los vocales de control de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos, elemento éste que además distingue el denominado “Comité de Vigilancia” del “Comité Desarrollo y Control Social”, éste sí regulado en la ley 142 de 1994 –arts. 62 y ss-, y sobre el cual la Sala se pronunciará más adelante.

Así las cosas, resulta claro que el Comité de Vigilancia carece de poder, ingerencia o potestad decisiva frente al manejo del Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos y, a lo sumo, se trata de un grupo de

---

<sup>19</sup> Para el caso concreto, el artículo 18 del Acuerdo 015 de 2004, proferido por el Concejo Municipal de TOPAIPÍ, dispuso: “ARTÍCULO DECIMO OCTAVO: Con el fin de ejercer control y vigilancia en el manejo que se haga de los recursos apropiados al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos se conformará el Comité de Vigilancia del F.S.R.I. el cual estará conformado por:

- A. Personero Municipal
- B. Tesorero Municipal
- C. Secretario o Jefe de Planeación
- D. Un Delegado del Concejo Municipal
- E. Un Delegado de los vocales de control de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios del Municipio. Este delegado será escogido por el Alcalde”. (fl. 92, cdno. 2)

coordinación interinstitucional para vigilar el manejo de los recursos del fondo y hacer las denuncias respectivas a las autoridades competentes, si es que a ello hay lugar, cuando quiera que se presenten irregularidades, pero que bien puede existir o no, sin que ello tenga, ni pueda tener, incidencia alguna en la operatividad o manejo de los Fondos de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos.

Por su parte el “Comité de desarrollo y control social” difiere abiertamente del Comité de Vigilancia, y se encuentra regulado en el Capítulo I, del Título V, de la Ley 142 de 1994, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 62. ORGANIZACIÓN. (Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 689 de 2001). En desarrollo del artículo 369 de la Constitución Política de Colombia, en todos los municipios deberán existir ‘Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliario[s]’ compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno (1) o más de los servicios públicos a los que se refiere esta ley, sin que por el ejercicio de sus funciones se causen honorarios.

“La iniciativa para la conformación de los comités corresponde a los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales. El número mínimo de miembros de los comités será el que resulte de dividir la población del respectivo municipio o distrito por diez mil (10.000), pero no podrá ser inferior a cincuenta (50). Para el Distrito Capital el número mínimo será de doscientos (200).

“Para ser miembro de un ‘Comité de Desarrollo y Control Social’, se requiere ser usuario, suscriptor o suscriptor potencial del respectivo servicio público domiciliario que vaya a vigilar, lo cual se acreditará ante la asamblea de constitución del correspondiente comité, con el último recibo de cobro, o en el caso de los suscriptores potenciales, con la solicitud debidamente radicada en la empresa de que se trate o con constancia de residencia expedida por la autoridad competente para el caso de los usuarios cuando no dispongan de recibo. Igualmente, se requiere haber asistido y figurar en el listado de asistentes de la asamblea de constitución del comité o de cualquiera de las sucesivas asambleas de usuarios.

“La participación de un usuario, suscriptor o de un suscriptor potencial en todas las asambleas y deliberaciones de un ‘Comité de Desarrollo y Control Social’, será personal e indelegable.

“Los comités se darán su propio reglamento y se reunirán en el día, lugar y hora que acuerden sus miembros según registro firmado por los asistentes que debe quedar en el acta de la reunión; el período de los miembros del comité será de dos (2) años, pero podrán continuar desempeñando sus funciones mientras se renueva.

“Una vez constituido un comité, es deber de las autoridades municipales y de las empresas de servicios públicos domiciliarios ante quienes solicite inscripción reconocerlo como tal, para lo cual se verificará, entre

otras cosas, que un mismo usuario, suscriptor o suscriptor potencial no pertenezca a más de un Comité de un mismo servicio público domiciliario. Será causal de mala conducta para los alcaldes municipales y los funcionarios de las empresas prestadoras, no reconocerlos dentro de los términos definidos en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994; igualmente, vencido el término se entenderá que el comité ha sido inscrito y reconocido.

“Cada uno de los comités elegirá entre sus miembros para un período un ‘vocal de control’, quien actuará como representante del comité ante la prestadora de servicios públicos domiciliarios que vaya a vigilar la organización, ante las entidades territoriales y ante las autoridades nacionales, en lo que tiene que ver con dichos servicios públicos, y podrá ser removido en cualquier momento por el comité, por decisión mayoritaria de sus miembros.

“El período de los vocales de control será de dos (2) años, pero podrán continuar en ejercicio de sus funciones hasta tanto no se realice nueva elección.

“La constitución de los comités y las elecciones de sus juntas directivas podrán impugnarse ante el Personero del municipio donde se realicen. Las decisiones de este serán apelables ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

“En las elecciones a que se refiere el presente artículo, será causal de mala conducta para cualquier servidor público y en general para cualquier funcionario de una persona prestadora de uno o varios de los servicios públicos a que se refiere la presente ley, entorpecer o dilatar la elección, coartar la libertad de los electores o intervenir de cualquier manera a favor o en contra de los candidatos.

“Corresponderá al Alcalde de cada municipio o distrito velar por la conformación de los comités, quien garantizará que tres (3) meses contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley exista en su municipio, por lo menos, un comité.

“PARÁGRAFO. En los municipios en que las prestadoras de servicios públicos atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios, podrá constituirse un solo comité de desarrollo y control social para todos los servicios.

“ARTÍCULO 63. FUNCIONES. Con el fin de asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas de servicios públicos domiciliarios, los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios ejercerán las siguientes funciones especiales:

“63.1. Proponer a las empresas de servicios públicos domiciliarios los planes y programas que consideren necesarios para resolver las deficiencias en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

“63.2. Procurar que la comunidad aporte los recursos necesarios para la expansión o el mejoramiento de los servicios públicos domiciliarios, en

concertación con las empresas de servicios públicos domiciliarios y los municipios.

“63.3. Solicitar la modificación o reforma de las decisiones que se adopten en materia de estratificación.

“63.4. Estudiar y analizar el monto de los subsidios que debe conceder el municipio con sus recursos presupuestales a los usuarios de bajos ingresos; examinar los criterios y mecanismos de reparto de esos subsidios; y proponer las medidas que sean pertinentes para el efecto.

“(…)

“ARTÍCULO 65. LAS AUTORIDADES Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS USUARIOS. Para la adecuada instrumentación de la participación ciudadana corresponde a las autoridades:

“65.1. Las autoridades municipales deberán realizar una labor amplia y continua de concertación con la comunidad para implantar los elementos básicos de las funciones de los comités y capacitarlos y asesorarlos permanentemente en su operación.

“65.2. Los departamentos tendrán a su cargo la promoción y coordinación del sistema de participación, mediante una acción extensiva a todo su territorio.

“En coordinación con los municipios y la Superintendencia, deberán asegurar la capacitación de los vocales dotándolos de instrumentos básicos que les permitan organizar mejor su trabajo y contar con la información necesaria para representar a los comités.

“65.3. La Superintendencia tendrá a su cargo el diseño y la puesta en funcionamiento de un sistema de vigilancia y control que permita apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios. Deberá proporcionar a las autoridades territoriales, el apoyo técnico necesario, la tecnología, la capacitación, la orientación y los elementos de difusión necesarios para la promoción de la participación de la comunidad (...).”

Las anteriores disposiciones confirman la premisa de que el *Comité de Desarrollo y Control Social* no es el mismo *Comité de Vigilancia del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos*, que el actor reclama, pues la única función directa del Comité de Desarrollo con respecto al Fondo de Solidaridad, es la de estudiar el monto de los subsidios que se deben conceder a los usuarios de bajos ingresos con los recursos presupuestales del municipio y proponer criterios y mecanismos de reparto de tales subsidios -artículo 63.4-. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de cualquier particular o servidor público de velar por la adecuada prestación de

los servicios públicos, el correcto funcionamiento de las entidades estatales y el manejo eficiente y transparente de los recursos públicos<sup>20</sup>.

De otra parte, el Comité de Desarrollo y Control Social se constituye a iniciativa de los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales en desarrollo del artículo 369 de la Constitución Política<sup>21</sup>, como mecanismo de participación de éstos en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos, en los términos previstos en la ley. Una vez constituidos, éstos deberán ser reconocidos por las autoridades municipales, las cuales verificarán que los miembros del comité que se forma no pertenezcan a más de un comité, de un mismo SPD –inciso 6, art. 62, ley 142-; y si transcurrido un plazo de 15 días desde que se solicitó el reconocimiento del mencionado Comité, el Alcalde y los funcionarios de las empresas prestadoras de Servicios Públicos no se han pronunciado, ello no sólo constituirá causal de mala conducta, sino que se entenderá que ha operado la figura del silencio administrativo positivo y, en consecuencia, que el comité se encuentra inscrito y reconocido<sup>22</sup>.

La Sala entiende, como viene de manifestarse<sup>23</sup>, que la carencia del Comité de Desarrollo y Control Social no permite asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas de SPD. En consecuencia, la omisión de los municipios en velar por la conformación de estos comités vulnera los derechos colectivos de los consumidores y usuarios y el acceso a los servicios públicos, y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y exige que, en tanto la conformación de los mismos depende de la iniciativa de los usuarios, la violación de los derechos colectivos citados debe ser demostrada, acreditando que, no obstante que los usuarios han adelantado actividades para la conformación del Comité, el Alcalde no ha facilitado los medios ni creado las garantías para su conformación, o lo que es lo mismo, no ha velado por su conformación.

---

<sup>20</sup> La Ley 142 de 1994, no hace alusión alguna al término “Comité de Vigilancia”, aunque sí establece como función de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para apoyar la participación de los usuarios, la de diseñar y poner en funcionamiento un sistema de “vigilancia y control” que permita apoyar las tareas de los comités de desarrollo y control social (arts. 60.3 y 80.1).

<sup>21</sup> Dice el art. 369 que “La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.”

<sup>22</sup> Al respecto véase el inciso 6 del artículo 62 de la Ley 142 de 1994 -modificado por el artículo 10 de la Ley 689 de 2001-, en concordancia con el artículo 158 Ibidem.

<sup>23</sup> Sentencia del 2 de junio de 2005, Expediente No. AP- 00417,

Bajo las anteriores premisas, la Sala analizará si en el caso concreto se presentaron las omisiones que anotó el demandante, y si se encuentra demostrado que las supuestas omisiones son violatorias de los derechos colectivos.

### **3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

Con fundamento en el anterior análisis, la Sala estudiará el caso concreto, para lo cual evaluará, en primer lugar, el acervo probatorio que obra en el expediente:

3.1. Se aportó la copia del acuerdo No. 13, de 12 de mayo de 2004, mediante el cual se otorgaron facultades al alcalde de Topaipí, para convocar a los operadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo -fls. 85 a 86, cdno. 2-.

Copia del acuerdo No. 14, de 12 de mayo de 2004, en el que se reglamenta la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo en el municipio de Topaipí, y donde se creó la junta de servicios públicos municipal -fls. 42 a 46 cdno. No. 2-.

Asimismo reposa la copia auténtica del acuerdo No. 015, de 12 de mayo de 2004, expedido por el Concejo Municipal de Topaipí, por medio del cual se creó y reguló el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de Orden Municipal, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo -fls. 48 a 53 cdno. 2-.

Comunicaciones fechadas el 18 y 22 de agosto de 2004, con destino a los usuarios de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, con el fin de realizar la asamblea constitutiva del Comité de Desarrollo y Control Social del municipio de Topaipí -fls. 55 a 57, cdno. 2-.

Certificado de la Secretaría Administradora del Sisbén del Municipio de Topaipí, según el cual, de conformidad con la base de datos del Sisbén, la población estrato 1 es de 5.090, estrato 2 es de 1.210, estrato 3 es de 200 y no existe población de estrato 4,5, y 6 -fl. 58 cdno. 2-.

Copia del decreto No. 018 de 16 de junio de 2004, en virtud del cual se crea, reglamenta y organiza la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del municipio de Topaipí.

Oficio allegado el 1 de febrero de 2005, donde el Alcalde municipal de Topaipí manifestó que:

“3. En lo atinente al Comité de Control y Vigilancia del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, debo informarle que dicho Fondo fue creado en reciente fecha por medio del Acuerdo 015 de 2004 (copia anexa), pero en vista de que la Unidad de Servicios Públicos no se encuentra operativa, y a que la normatividad vigente determina que debe existir un estudio para la creación de la estructura tarifaria, para a su vez establecer los criterios correspondientes para distribución de subsidios; y teniendo en cuenta que dicho estudio y la ejecución de las determinaciones que se tomen es este, corresponden a la antedicha Unidad y que además para poder asignar dichos subsidios, la norma ordena la existencia de un presupuesto de ingresos y gastos independiente para la Unidad, que como se ha explicado y por las razones que se han expuesto, no es operativa; no se ha realizado convocatoria alguna de dicho comité, además de que el Fondo en mención tampoco es operativo. Sin embargo la tarifas vigentes para los servicios que presta el municipio ha estado subsidiadas de manera que exceden los parámetros máximos de la CRA, situación que como se ha expuesto arriba está en proceso de ser subsanada para cumplir con los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera y transparencia; establecidos en la leyes 142 de 1994 y 715 de 2001, el decreto 565 del Ministerio de Desarrollo Económico y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico” (fl. 81 cdno. No. 1).

3.2. De conformidad con estas pruebas, el Municipio de Topaipí demostró que creó, con anterioridad a la notificación de la demanda -11 de agosto de 2004-, los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos a su cargo, es decir, en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Desde este punto de vista, la acción popular no puede prosperar, porque no se violó ni amenazó los derechos colectivos de los usuarios de los SPD.

Sin embargo, se advierte que la creación fue meramente formal, pues no se probó que los fondos hubieran sido puestos, efectivamente, en funcionamiento, ya que no se han otorgado subsidios para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, es decir, que el mismo no es operativo. Eso lo acepta el Alcalde.

Además, la Sala considera un serio error confundir la “tarifa baja” que el municipio cobra por los servicios que presta, con que el subsidio se encuentre incluido dentro de ella, pues la regulación de los SPD no admite este tipo de tratamiento para los subsidios, es decir, que a través del cobro de una tarifa mínima mensual no se otorgan los subsidios.

En otras palabras, la tarifa es el precio que se cobra por el servicio público, y sobre ella los estratos bajos deben recibir el subsidio que la ley contempla, de allí que al momento de determinar si se están cumpliendo las normas legales, no se puede entender que este componente está incluido en la tarifa, ya que se debe reflejar como un descuento sobre el consumo, de manera que se exprese de cuánto fue éste, y cuánto debe pagar el usuario de estratos bajos.

Además, en el caso concreto, el municipio hace suponer que, incluso, todos los habitantes gozan de los subsidios, porque la tarifa es la misma, lo cual también sería incorrecto, desde el punto de vista de la legislación de los SPD, y muestra que la tarifa única, y además baja, no se estableció como forma de otorgar los subsidios, sino como política administrativa del operador –cuyas razones no interesa desentrañar para este proceso-, lo cual, incluso, es de discutible legalidad. Un caso exactamente igual lo falló la Sección Tercera, donde se expresaron estos mismos razonamientos: sentencia de 19 de abril de 2007, exp. 788 –CP. Enrique Gil Botero-.

Asimismo debe recordarse que la financiación de los subsidios no puede soportarse, únicamente, en los recursos que provienen de los superávits de las contribuciones de los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial, que se transfieren a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, sino también con la canalización de recursos provenientes de los presupuestos de las diferentes entidades estatales –Nación, departamentos, distritos y municipios– que tienen la obligación, constitucional y legal, de subsidiar los SPD, ya sea de forma directa, a través de convenios con las empresas prestadoras de servicios públicos, o de forma indirecta, transfiriendo recursos a los fondos.

Como corolario, considera la Sala que el Municipio de Topaipí ha vulnerado el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, porque está probado en el proceso que ni el municipio, ni ninguna otra entidad, concede subsidios, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo,



y por lo tanto no está funcionando efectivamente el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con su respectivo Comité el cual no se ha creado.

Lo mismo ocurre con los servicios de telefonía, energía y gas, frente a los cuales no se aportó ningún medio de prueba tendiente a comprobar que estos sean subsidiados.

Por las anteriores razones, se revocará la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se ordenará al Municipio de Topaipí que ponga en funcionamiento el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, para lo cual deberá aportar recursos propios, en los términos de la Ley 142 y demás que la complementan.

Con esta conducta, considera la Sala, se han violado los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, además de los derechos de los consumidores y usuarios, pues la falta de subsidios, en algunos servicios, impide que muchas personas, de bajos recursos, puedan disfrutar de este tipo de bienes, necesarios para vivir dignamente en un Estado moderno. De hecho, de poder contar con la ayuda estatal, las condiciones de vida serían mejores y la existencia más llevadera, para todos aquellos que con dificultad logran siquiera vivir, en una época donde contar con los servicios públicos domiciliarios marca parte de la diferencia entre el desarrollo y el subdesarrollo. Y en el campo del moderno derecho administrativo, bien vale la pena reseñar brevemente lo expuesto por la jurisprudencia española en sentencia del Tribunal Supremo del 26-II-1990, así:

“[...] en este sentido será de recordar que el moderno Derecho Administrativo ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las ingerencias indebidas de los poderes públicos sino también a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos”<sup>24</sup>.

No advierte la Sala que las conductas que se reprochan atenten contra los derechos colectivos a la moralidad administrativa, seguridad y salubridad pública y a la defensa del patrimonio público, como lo sugiere el actor, de manera que estos derechos no serán protegidos, como los anteriores.

---

<sup>24</sup> Vicente Domingo, Ricardo. Los servicios públicos locales en la jurisprudencia. Ed. Civitas 1998. 1º Ed. Pág. 36.

De otro lado, la obligación de subsidiar, no obstante, no se radica en cabeza exclusiva del municipio, según se analizó en la primera parte de esta providencia – con mayor razón en los servicios de energía, gas y telefonía, en los términos analizados-, pues todas las entidades a que se refiere el artículo 368 CP. tienen el deber de contribuir, con recursos propios, para subsidiar todos los servicios públicos. En este sentido, la Sala llama la atención para que el municipio, si a bien lo tiene, y con fundamento en los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad a que se refiere el artículo 288 CP.<sup>25</sup>, intente que entre todas las entidades dispongan la manera de asumir, conjuntamente, esta obligación.

No obstante, y en todo caso, el Municipio deberá encargarse de que, en cualquier caso, los habitantes del municipio, con derecho a ser subsidiados, efectivamente gocen de este derecho constitucional.

3.3. Frente a lo solicitado por el para que se conforme el comité de vigilancia y control del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, se demostró que este es distinto al Comité de Desarrollo y Control Social a que se refiere la Ley 142 de 1994, de manera que su existencia no es obligatoria, como la de éste y por esa razón se negará la pretensión del actor, en este sentido.

#### **4. EL INCENTIVO ECONÓMICO PARA LOS ACTORES POPULARES, A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY 1.425 DE 2010.**

En relación con el incentivo para el actor popular, solicitado en la demanda, porque en virtud de su colaboración, se protegieron los derechos colectivos amparados en esta providencia, la Sala lo negará, pese a que prosperó la acción popular, por las razones que se explican a continuación.

Si bien los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998 establecen un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas recientemente por la ley 1.425 de 2.010, publicada en el Diario Oficial No. 47.937, del 29 de diciembre del mismo año. Esta ley, que consta

---

<sup>25</sup> “Artículo 288 CP. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley”.

de dos artículos, dispone en el primero: “Deróguense los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998”; y en el segundo que: “la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias”.

Es así como, la Sala, en vigencia de los arts. 39 y 40 habría concedido el incentivo, sin embargo, no puede hacerlo ahora, toda vez que a la fecha en que se dicta esta providencia están derogadas las disposiciones que lo autorizaban. Ello supone, dado que se trata de normas de contenido sustantivo, que su aplicación requiere de su vigencia, y por eso debe aplicarse la nueva normativa, no obstante que el proceso se tramitó en vigencia de la ley 472, pero ocurre que no basta esta circunstancia para aplicar su contenido al caso en estudio.

En efecto, en la ley 153 de 1887 se respalda esta posición, como quiera que el art. 3 dispone: “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”, de manera que si perdió vigencia no se puede aplicar. Además, en el artículo 17 de la misma ley también se apoya esta conclusión, porque siendo el incentivo una expectativa de derecho para el actor popular, no un derecho adquirido con la simple presentación de la demanda, entonces aplica aquello que ordena que “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene.”

Ahora, la Sala considera que se trata de disposiciones de naturaleza sustantiva porque esta Corporación tuvo oportunidad de referirse, en forma reiterada, al alcance del concepto de normas sustanciales, con ocasión de la decisión del antiguo recurso de anulación. Se cita, a continuación, uno de sus pronunciamientos, que coincide, en términos generales, con los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia:

“Ha de recordarse que se entiende por norma sustantiva aquella que define o demarca los derechos subjetivos y sus alcances y que puede hallarse, indistintamente, como las normas adjetivas, en cualesquiera códigos o estatutos o recopilaciones de disposiciones legales. Y, en contraste, ha de entenderse por norma adjetiva aquella que señala los

ritos, las formas, las maneras de actuar en determinados asuntos o circunstancias”.<sup>26</sup>

Por tanto, los artículos 39 y 40 de la ley 472 no contienen normas de procedimiento o sustanciación del proceso de la acción popular; contemplan el derecho eventual del actor a que le paguen una suma de dinero por su actuación procesal satisfactoria. Incluso, las dos normas califican expresamente esta posibilidad como un “derecho”, al decir, en ambas disposiciones, que: “El demandante... tendrá derecho a recibir...” el incentivo. En estos términos, referidos al caso concreto, la Sala ya no encuentra norma vigente que aplicar, y por eso no concederá el incentivo.

En gracia de debate, a la misma conclusión se llegaría si se considerara que los arts. 39 y 40 contienen normas de naturaleza procesal, pues como estas son de aplicación inmediata –según el art. 40 de la ley 153 de 1887<sup>27</sup>-, salvo los términos que hubieren empezado a correr –que no es el caso- entonces su derogatoria tampoco permitiría conceder el incentivo regulado allí.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**PRIMERO: Revócase** la sentencia de 19 de mayo de 2005 proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: Protéjense** los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y los derechos de los consumidores y usuarios.

---

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 29 de noviembre de 1988. Expediente 1874.

<sup>27</sup> “Art. 40. Las leyes concernientes á la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar á regir. Pero los términos que hubieren empezado á correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Para estos efectos, el municipio dispondrá de seis (6) meses para adoptar las medidas administrativas necesarias para asumir económicamente, en los términos de esta providencia, de la Ley 142 de 1994, de la ley 1.341 de 2009 y demás normas concordantes, el deber, también a su cargo, de subsidiar los servicios públicos domiciliarios, a las personas de menores ingresos, conforme a la legislación vigente.

**TERCERO: Niégase** el pago del incentivo a favor del actor.

**CUARTO: Remítase**, por el tribunal, copia de este fallo al Registro de Acciones Populares y Grupo de la Defensoría del Pueblo (art. 80 Ley 472 de 1998).

**QUINTO: Confórmase** el comité de verificación de la sentencia con el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el actor, el Alcalde de Topaipí, el Personero Municipal de Topaipí, un delegado de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, un miembro de cada uno de los comités de desarrollo y control social de los servicios públicos que se prestan en el municipio y un representante de cada una de las empresas prestadoras de servicios públicos del municipio.

**SEXTO:** Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.**

**OLGA DEL VALLE DE LA HOZ**