

La regulación de los subsidios al servicio domiciliario de luz eléctrica en la población vulnerable de Barranquilla

Johanna Pinedo P.

Viviana Rico G.

Universidad de la Costa

Programa Derecho

Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas

Barranquilla – Atlántico

2018

La regulación de los subsidios al servicio domiciliario de luz eléctrica en la población vulnerable de Barranquilla

Johanna Pinedo P.

Viviana Rico G.

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Tutor y cotutor:

Claudia Fernández

Judith J. Hernández G. De Velazco

Universidad de la Costa

Programa Derecho

Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio jurídicas

Barranquilla – Atlántico

2018

Resumen

En Colombia, las tarifas de los servicios públicos tienen implícito un sistema de subsidios cruzados. El objetivo de este documento, es analizar el desempeño de este esquema para los sectores de energía eléctrica y cómo incide este servicio, como derecho fundamental en la población vulnerable de la ciudad de Barranquilla; identificando la cobertura, focalización y redistribución del mismo. Se analiza, el impacto sobre el poder adquisitivo de los hogares y la sostenibilidad financiera del sistema, en cuanto al subsidio y su regulación. En los análisis realizados, se encuentra que el mecanismo de estratificación a partir del cual se distribuyen los subsidios, no focaliza bien los beneficios, no permite una redistribución progresiva de recursos y genera un déficit costoso para las empresas y el Estado. Finalmente, se concluye un pobre desempeño de la regulación en este tipo de subsidios, lo cual indica la necesidad de ajustar el esquema de subsidios vigente. Como respuesta, en este documento en sus recomendaciones se sugieren algunas alternativas para mejorar el esquema actual.

Palabras clave: Organización domiciliarios industrial, Subsidios, Servicios públicos

Abstract

In Colombia, public service rates imply a system of cross subsidies. The objective of this document is to analyze the performance of this scheme for the electric power sectors and how this service affects, as a fundamental right in the vulnerable population of the city of Barranquilla; identifying the coverage, targeting and redistribution thereof. The impact on the purchasing power of households and the financial sustainability of the system, in terms of subsidy and its regulation, are analyzed. In the analyzes carried out, it is found that the stratification mechanism from which the subsidies are distributed does not focus well on the benefits, does not allow a progressive redistribution of resources and generates a costly deficit for the companies and the State. Finally, a poor performance of the regulation in this type of subsidies is concluded, which indicates the need to adjust the current subsidy scheme. In response, in this document, its recommendations suggest some alternatives to improve the current scheme.

Key words: Industrial domiciliary organization, Subsidies, Public services

Agradecimientos

A Dios ante todo por permitir de su mano cumplir mis metas, a mi familia por todo el apoyo que me ha brindado en este largo camino y a mis tutoras por brindarnos todo su conocimiento y dedicación a este trabajo, especialmente la Dra. Judith Hernández García.

Johana Pinedo

Primeramente a Dios quien es nuestra fuerza espiritual y fuente de vida y salud, seguidos a mis padres por el apoyo y guía para lograr cada meta que me proyecto, a mi hijo por ser mi principal motivación para seguir adelante y a mis tutoras por ser grandes guías para la culminación de esta etapa. Amigos y familiares que siempre apoyan e impulsan a seguir.

Viviana Rico

Contenido

Introducción	8
Capítulo I.....	10
1.1. Planteamiento del problema	10
1.2. Formulación del problema	12
1.3. Objetivos	12
1.4. General	12
1.5. Específicos	12
1.6. Justificación.....	13
1.7. Delimitación.....	14
Capítulo II	15
2.1. Referentes Teóricos.....	15
2.2. Estado del Arte	15
2.3. Marco Histórico	18
2.4. Marco Teórico	21
2.4.1. Los subsidios en los servicios públicos en el mundo.....	21
Impactos y generación de electricidad en Latinoamérica.....	23
El régimen de servicios públicos domiciliarios en Colombia.	24
Marco Legal	29
Capítulo III.	60
3.1. Metodología	60
Alcance metodológico.....	61
Fuentes	62
Secundarias.....	62
Técnicas.....	62
4. Resultados y discusión	64

4.1. Impacto interno65

 Identificar la importancia del cumplimiento del servicio de energía eléctrica para la sociedad organizada en una matriz de costo –beneficio.....65

 Determinar la incidencia legal frente al esquema vigente del subsidio de contribución de solidaridad.66

 Evaluar los criterios de control y variables de focalización que presenta el estado y las prestadoras del servicio eléctrico, para el sostenimiento de la contribución del subsidio como derecho fundamental de las poblaciones vulnerables.71

5. Conclusiones79

6. Recomendaciones.....81

7. Referencias Bibliográficas83

Introducción

Actualmente, en el país se presenta un gran debate acerca de los precios, subsidios y tarifas de energía eléctrica, no únicamente desde el punto de vista económico, sino también social y político. Desde hace algunos años el mercado de la energía eléctrica en Colombia se reformó para permitir la entrada de un mayor número de empresas generadoras, con el fin de promover la competencia y establecer precios de mercado que permitieran la viabilidad de las mismas; sin embargo, los esfuerzos realizados hasta el momento no han generado los resultados esperados, hay una gran volatilidad en los precios de la energía eléctrica, afectando directamente a los usuarios y haciendo ineficiente los mecanismos implementados por el Estado para garantizar un suministro de energía eléctrica oportuno, continuo y económico.

En ese orden de ideas, los artículos 367 y 368 de la Constitución Política, constituyen la base que delinear el perfil y características del régimen de contribuciones y subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios, estableciéndose expresamente, que para el efecto se deben tener cuenta entre otros, los principios de solidaridad y redistribución de ingresos. En efecto, el primer artículo señalado en precedencia dispone expresamente que el régimen tarifario tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

El Artículo 89.1 de la citada Ley 142 de 1994, en materia de la aplicación de los mencionados criterios de solidaridad y 2 redistribución de ingresos, establece que el factor que se debe aplicar para el otorgamiento de subsidios, de los cuales son beneficiarios los usuarios pertenecientes a los estratos 1, 2 y 3, no podrá ser superior al equivalente al veinte por ciento (20%) en el consumo correspondientes a los inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en los usuarios catalogados como industriales y comerciales.

Sin embargo, hay que determinar si con este fundamento legal es suficiente para alcanzar puntos de equilibrio entre contribuciones especiales y subsidios, razón que justifica mostrar la importancia de establecer límites superiores de acuerdo a las necesidades específicas de cada ente territorial, para garantizar la sostenibilidad financiera del esquema de distribución y cómo puede afectar a determinada población porque tal parece que elemento económico permite medir la efectividad de estos derechos incluso de rango constitucional refiriéndose a aquellos que reconocen la legitimidad , pero que no cuentan con un nivel de suficiencia económica que permita que esos derechos sean reales y efectivos, convirtiéndose en postulados retóricos desprovistos de toda eficacia práctica.

Se presenta la situación general de la distribución de los subsidios en la energía eléctrica domiciliaria en Colombia, abordando especialmente la regulación que cobija los subsidios las contribuciones solidarias y su situación vigente, luego se realiza una explicación detallada del funcionamiento real de los subsidios a la energía eléctrica en la Costa Caribe, seguidamente se presentan una serie de posibles estrategias que pueden llegar a presentarse por parte de las prestadoras del servicio eléctrico y el Estado en el contexto de la focalización como base fundamental para esta distribución subsidiaria, se hace referencia al marco de referencia, histórico y legal de los subsidios de la energía eléctrica domiciliaria en Colombia. Finalmente, se realiza el diseño metodológico, análisis y resultados obtenidos, para presentar dar las recomendaciones y conclusiones de la investigación.

Capítulo I

1.1. Planteamiento del problema

De acuerdo a las leyes 142 de 1994 y 223 de 1995 (por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones), esa contribución especial o sobretasa, se aplicará a los usuarios residenciales 5 y 6, y los usuarios industriales y comerciales. Además de fijar quiénes debían pagar, la Ley 142 de 1994 consagró los usuarios que estarían exentos del pago atendiendo a los criterios de naturaleza de los usuarios y el tipo de servicio que éstos le prestan a la sociedad.

Conforme a la ley, los subsidios se financian con las contribuciones o impuestos que pagan los usuarios comerciales y residenciales de los estratos 5 y 6, que equivalen al 20% de su facturación, y con recursos del Presupuesto General de la Nación-PGN, en caso que dichas contribuciones no logren cubrir los subsidios, como de hecho sucede hoy.

Para 2018, el costo total de los subsidios para energía eléctrica para usuarios atendidos por las empresas afiliadas en Asocodis se acerca a \$3,1 billones y las contribuciones a \$1,3 billones, con lo cual se llega a un déficit aproximado de \$1,8 billones, que debe ser cubierto por el PGN del año entrante. Este déficit representa cerca del 50% de los indicadores financieros y el 100% de la utilidad neta de todas las empresas prestadoras del servicio. Así mismo, el 43% del déficit es para la costa Caribe, suma fundamental para dar solución estructural al problema de prestación del servicio de energía en esa región del país.

Operativamente, las empresas prestadoras del servicio, comúnmente conocidas como electrificadoras, sólo deben servir como un vehículo para la aplicación del subsidio del Estado a

los usuarios, pero en la práctica han venido financiando el déficit de los subsidios y posteriormente el Gobierno Nacional les paga.

En el proyecto de ley del PGN 2018, recientemente presentado por el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República, se incluyeron recursos para subsidios eléctricos por un valor cercano a \$650 mil millones, suma que no alcanza siquiera a cubrir el déficit de los subsidios del 2017. La suma propuesta representa casi una tercera parte de los subsidios apropiados en años anteriores

Así las cosas, no habría recursos para financiar una parte del déficit de 2017 y la totalidad de 2018, lo que podría derivar en incrementos tarifarios acumulados del 70% para los usuarios del estrato 1, del 50% para el estrato 2, y desmejoras en la calidad del servicio, afectaciones en la viabilidad de las empresas, o incluso racionamientos de energía por limitaciones de suministro, entre otros. En suma, un riesgo sistémico que podría llevar al sector eléctrico colombiano al colapso.

La problemática surge cuando se analiza la ley 142 del 94 la cual no es clara en cuanto al esquema actual de subsidios en donde es muy interpretativa y general , en su artículo 897 , y aún existen usuarios que no se han considerado como sujetos exentos y pasivos dentro de este esquema en donde es evidente la violación de principios del derecho sobre igualdad y legalidad porque existen grandes dificultades de focalización, como lo ha señalado recientemente el Departamento Nacional de Planeación, con una inadecuada asignación basada exclusivamente en la estratificación, y de financiación que lo hacen insostenible fiscalmente, es fundamental realizar una reforma estructural a dicho esquema para hacerlo viable y equitativo a largo plazo. Pero mientras ello no se realice, no pueden quedar desfinanciados los subsidios en el corto plazo, ya que sin estos recursos, no habría alternativa distinta a incrementar tarifas de manera

inmediata, con los impactos sociales que ello representaría para cerca de 10 millones de usuarios, aproximadamente 40 millones de colombianos.

Finalmente, se puede observar que el esquema de subsidios y su financiación es un tema de política pública que debe definirse por parte del Gobierno Nacional y el Congreso de la República, y con los proyectos de ley 186 y del PGN 2018 tienen la palabra para adoptar las soluciones de corto y largo plazo que tanto los usuarios como el sector eléctrico requieren.

1.2. Formulación del problema

¿Cómo el Estado colombiano está cumpliendo según la política pública y lo dispuesto de la Ley 142 - 143 de 1994 y 223 de 1995, en materia de subsidios en el servicio eléctrico de energía domiciliaria?

1.3. Objetivos

1.4. General

Analizar los alcances de la política pública y lo dispuesto en la Ley 142 - 143 de 1994 y 223 de 1995 en materia de subsidios en el servicio eléctrico de energía domiciliaria

1.5. Específicos

Identificar la importancia del cumplimiento del servicio de energía eléctrica para la sociedad organizada en una matriz de costo –beneficio.

Determinar la incidencia legal frente al esquema vigente del subsidio de contribución de solidaridad contenidos en la ley 142-143 de 1994 y 223 de 1995.

Evaluar los criterios de control y variables de focalización que presenta el estado y las prestadoras del servicio eléctrico, para el sostenimiento de la contribución del subsidio como derecho fundamental de las poblaciones vulnerables.

1.6. Justificación

Este estudio es pertinente para resaltar la urgencia de mostrar que el esquema actual de subsidios y la necesidad hacer ajustes por parte del Estado colombiano sobre los criterios utilizados y poder evaluar sistemas alternativos de servicios públicos, como el de energía eléctrica. Además, es necesario que el gobierno fije su posición acerca de los niveles de los errores de inclusión y exclusión que considera admisibles, y de la definición de pobreza que utilizará para calcularlos. En un país en el que la población es en general pobre, se corre el riesgo de querer subsidiar a la gran mayoría.

Sin embargo, los recursos son escasos y el esquema deficitario. Un subsidio al consumo se justifica, sólo cuando en su ausencia el hogar elegiría desconectarse del servicio. Se ha visto que el riesgo de que esto ocurra es pequeño para la mayoría de los hogares, tal vez, con la excepción de los que pertenecen a los dos deciles más bajos de la distribución.

El escenario ideal sería contar con una variable observable, perfectamente correlacionada con el ingreso de los hogares, que permitiera identificar adecuadamente a los más pobres para dirigir los subsidios exclusivamente hacia ellos. En el caso del sector eléctrico, se han arriesgado en una propuesta de reforma, que elimina el sistema actual de estratificación y otra que lo respeta

de manera importante y procura corregir parcialmente sus deficiencias como herramienta de focalización.

Es importante conocer, como se establecen propuestas para el mejoramiento de la calidad en su servicio y tener en cuenta el déficit del actual esquema de subsidios cruzados, porque es costoso tanto para la Nación, como para las empresas prestadoras del servicio que ven comprometida su estabilidad financiera por cuenta de las demoras del gobierno en los giros. No tiene sentido, asumir estos costos en aras de una política social que no resulta efectiva y no se refleja en la población más vulnerable

1.7. Delimitación

El proyecto se relaciona con la regulación de los subsidios al servicio domiciliario de luz eléctrica y su incidencia como derecho fundamental en la población vulnerable de la población barranquillera, bajo un escenario de investigación de la norma, ante expectativas generadas en el 2017 y 2018, a través de las continuas reclamaciones por parte de los usuarios del III nivel del Sisben el cual ven una afectación del subsidio que se recibía y por la ausencia de una focalización más acertada para el reconocimiento de los subsidios para dar cumplimiento a lo establecido en las leyes 142 y 143 de 1994.

Capítulo II

2.1. Referentes Teóricos

2.2. Estado del Arte

Las tarifas en la energía se cobran con base en cargos variables por Kwh, en una estructura de bloques crecientes por niveles de consumo. Las tarifas, en pesos constantes del 2003, pasaron de niveles alrededor de 140 \$/Kwh en 1990 a valores alrededor de 200 \$/ Kwh en el 2002. La tendencia creciente muestra el esfuerzo regulatorio por eliminar los rezagos tarifarios y acercar las tarifas a los costos de prestación del servicio. (Fedesarrollo, 2009). El comportamiento cíclico puede explicarse por las variaciones del cargo de generación que, a su vez, es explicado por los ciclos hidrológicos. La reducción del factor de contribuciones, que se puede interpretar como regresiva, induce una mayor eficiencia económica en la medida que reduce las distorsiones de precios. Este argumento, es más fácil de entender si se toma como ejemplo la industria. Un sobreprecio del 100%, como los que operaban con anterioridad a la ley, puede comprometer la competitividad de este régimen (Santamaría et. al, 2009).

El esquema de solidaridad que funciona en Colombia, basado en subsidios cruzados, cumplió un papel fundamental en el logro de aumentos importantes de cobertura desde principios de los 90, especialmente entre los hogares más pobres. Con este esquema se busca que los hogares más pudientes, la industria y el comercio paguen un sobreprecio (20%) por la energía que consumen para así subsidiar el consumo mínimo de los hogares más pobres, contando también con el aporte de la nación. Sin embargo, en la actualidad se la carga ha sido bastante alta para el sector industrial, que es responsable por cerca de la mitad de las contribuciones totales

(\$500.000 millones en 2008). (Santamaría et. al, 2009). Reduciendo la competitividad del sector manufacturero, afectando la competitividad de las exportaciones colombianas, el crecimiento de la productividad y, por esta vía, el crecimiento de la economía colombiana en el mediano y largo plazo. Este esquema no es más que otra muestra del muy utilizado expediente de los subsidios cruzados en Colombia, que se utiliza en salud, pensiones, otros servicios sociales y servicios públicos, entre los más importantes. Es claro, que ese expediente está mostrando graves resultados negativos, relacionados con insostenibilidad financiera e impactos negativos sobre otros sectores. En efecto, la sostenibilidad financiera del esquema en general tiene a lo largo de la cadena de producción una serie de contribuciones que distorsionan las tarifas y que pueden encarecer el precio para el consumidor no regulado en un poco más del 24% del verdadero costo de la energía. Por esto, es importante evaluar el sistema de solidaridad bajo el cual se rige el sector eléctrico colombiano y analizar la evolución de las nuevas consideraciones y reformas y sus impactos en el respecto de la ley y los derechos de los ciudadanos y la industria, así como las consecuencias en desarrollo y empleo que esto conlleva.

Contemplando esbozar el comportamiento de los modelos y estructuras institucionales en cuanto a los subsidios de energía a existe un informe de la OLADE (Organización Latinoamericana de Energía) donde realizan un comparativo de aspectos institucionales, de modelos de mercado ,regulatorios, de costos y tarifas ,tarifas sociales y subsidios.. Cuatro de los países analizados (Nicaragua, República Dominicana, Colombia y Perú) efectuaron reformas de sus sectores eléctricos, que enfatizan la competencia y reducen el papel del estado a la de establecimiento de políticas, planeamiento, regulación y mecanismos de vigilancia y sanción.

Se observa la similitud en estos países sobre los sistemas en que el subsidio a los estratos más bajos se regulariza desde un indicador que se conoce como subsidio cruzado

En el entendido de un estado como lo expresan Hernández, Chumaceiro y Ravina (2017): *“Asume la responsabilidad de la cuestión social, tal como se plantea en el estado de bienestar, en América Latina las políticas sociales se constituyen en la palanca de acero y mejoramiento para los grupos más vulnerables o necesitados”* (pág. 49-61).

Los subsidios deben sin embargo reunir características mínimas que hagan que tengan acceso solamente quienes realmente los necesiten. De lo contrario, se desperdician recursos públicos. Se requiere, entonces, determinar de alguna forma quiénes deben ser subsidiados. En algunos países como es el caso de Colombia, los subsidios dependen predominantemente del sitio donde vivan los receptores del subsidio. En otros, dependen únicamente de su consumo mensual. Adicionalmente, por lo general se subsidian los consumos en zonas no interconectadas como rurales y aisladas, en donde la generación usualmente se basa en plantas térmicas ineficientes, que queman combustibles líquidos, con frecuencia importados. Según refiere Pereira (2016), *las energías renovables juegan un papel central y estructural en la consolidación del derecho energético ambiental, a tal punto que el sistema energético debe propender girar en torno a las energías renovables*. El remplazo de esta generación por fuentes renovables es usualmente una de las estrategias de las que se valen los países para educir el costo del subsidio. A veces se proporcionan subsidios adicionales a algunos segmentos de la población (jubilados, por ejemplo) o a algunos tipos de consumo eléctrico (por ejemplo, electricidad para irrigación o para agua potable). Se requiere, una vez más, comprobar que los beneficiarios de los subsidios sean quienes realmente los necesitan. La falta de actualizaciones tarifarias y la existencia de pérdidas comerciales elevadas constituyen formas opacas e ineficientes de subsidiar. En particular, la no actualización tarifaria proporciona subsidios generalizados y regresivos ya que se benefician más quienes más consumen.

2.3. Marco Histórico

La prestación del servicio de energía eléctrica en Colombia, se inicia a finales del siglo XIX por cuenta de inversionistas privados, quienes formaron las primeras empresas con la finalidad de generar, distribuir y comercializar electricidad. Durante la primera mitad del siglo XX se mantiene el esquema de propiedad privada. Sin embargo, las empresas existentes pasan a manos del Estado por la continua presión de la clase política de las distintas regiones del país. En 1967 se crea Interconexión Eléctrica S.A. (ISA), asumiendo la coordinación del suministro de electricidad, adoptando procesos de optimización tendientes a minimizar los costos del sistema, planeando la expansión del sistema de generación y, si fuere necesario, de la construcción y operación de las nuevas centrales de generación. A partir de los años 80 el sector eléctrico colombiano entra en crisis como consecuencia de:

- 1) múltiples ineficiencias en la planeación, estructuración y coordinación de las entidades del sector, que conducen al desarrollo de grandes proyectos de generación, con sobrecostos y atrasos considerables;
- 2) subsidio inadecuado de tarifas, y
- 3) politización de las empresas estatales.

El deterioro en el desempeño del sector lleva a que finalmente éste se convierta en una gran carga para el Estado, ocasionando la quiebra del sector y, como consecuencia, el gran racionamiento a nivel nacional en el periodo comprendido entre 1991 y 1992. Paralelamente, y acorde con la tendencia mundial de poner en duda la eficacia de los monopolios estatales en la prestación de los servicios públicos, se da inicio a las reformas estructurales en las economías de

los países de Latinoamérica, orientadas a mejorar la prestación del servicio, tanto en calidad y disponibilidad, como en el precio a los consumidores de energía eléctrica. Para ello, se plantean estructuras sectoriales diferentes, con nuevos elementos centrales, tales como: a) introducción de la libre competencia y fomento a la inversión privada; b) privatización de las compañías estatales; c) eliminación de la integración vertical, y d) reducción de la presencia del Estado. A partir de la Constitución Política de 1991 se define un nuevo esquema para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en el que el papel del Estado implica el asegurar la prestación eficiente de dichos servicios para mejorar la calidad de vida.

La estructura actual para el suministro de la energía eléctrica fue el resultado de un prolongado proceso de intervención estatal, que se inició prácticamente en 1928. Desde entonces funcionó de manera centralizada hasta las reformas efectuadas en 1994. Bajo el anterior esquema, las compañías estatales mantenían un poder monopólico sobre un área determinada e, integradas verticalmente, prestaban los servicios de generación, transmisión y distribución. Este tipo de monopolio sobre un área específica, se debió al desarrollo regional que presentaba el país (Fedesarrollo, 2009).

Durante los años ochenta, el Sector Eléctrico Colombiano entró en crisis, al igual que en la mayoría de países de América Latina. Esta situación se debió entre otras razones al subsidio de tarifas y a la politización de las empresas estatales, lo cual generó un deterioro en el desempeño de este sector. Al mismo tiempo, se desarrollaron grandes proyectos de generación con sobrecostos y atrasos considerables, lo que llevó a que finalmente el sector se convirtiera en una gran carga para el Estado. Por otro lado, en todo el mundo comenzó a ponerse en duda la eficacia de los monopolios estatales para prestación de los servicios públicos, iniciándose grandes reformas en algunos países tales como el Reino Unido, Noruega y Chile (Fedesarrollo, 2009).

A principios de los años noventa ante la necesidad de modernizar en Colombia el sector eléctrico, abriéndolo a la participación privada y siguiendo un esquema similar a los países pioneros en este desarrollo, en especial el Reino Unido, se realiza una reestructuración con las leyes 142 y 143 de 1994, las cuales definieron el marco regulatorio para establecer las condiciones que permitieran que su desarrollo estuviese determinado en un esquema de mayor competencia, la ley 143 dio origen al Mercado Mayorista de Energía Eléctrica, la reglamentación de este mercado fue desarrollada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG. Para este propósito, la Comisión se asesoró de consultores nacionales e internacionales y con apoyo de las empresas del mismo sector, promulgó las reglamentaciones básicas y puso en funcionamiento el nuevo esquema a partir del 20 de julio de 1995 (Fedesarrollo, 2009). Se abrieron las puertas a la participación privada en toda la cadena de valor, se estableció la regulación independiente y se introdujo competencia en generación y principios de operación comercial en transmisión y distribución, entre los aspectos más importantes de la reforma. Partiendo del supuesto de que la competencia en el segmento de generación iba a producir un servicio de buena calidad y de manera eficiente.

Así mismo, con la reforma, se mantuvo el esquema de subsidios cruzados para los hogares más pobres, que complementan aportes directos del Estado, para asegurar que la población de menores ingresos reciba el servicio pagando muy poco, pero manteniendo unos precios que reflejan los costos. Es decir, asegurando la viabilidad financiera de las firmas de distribución. Dicho de otra manera, el nuevo modelo está basado en el principio de que la inversión y la gestión de todos los negocios asociados a la prestación del servicio de energía eléctrica deben responder a criterios empresariales de eficiencia y remuneración que surgen de la competencia, con restricciones de solidaridad. (Fedesarrollo, 2009).

La inobservancia de la Ley 142 de 1.994, especialmente en los artículos 150 y Subsiguientes, lo cuales hacen referencia a los derechos de los usuarios frente a las reclamaciones surgidas de la prestación del servicio, han sido el talón de Aquiles para imagen pública de esta empresa, pues ella está obligada a la adecuación de su Contrato de Condiciones Uniformes a la normatividad relacionada existente, sin embargo, esto solo ha ocurrido formalmente, más no de manera material, en la medida en que al ejercer sus derechos los usuarios, la empresa los desconoce haciendo uso de estrategias para impedir que los procedimientos descritos en las normas existentes que regulan la relación de usuarios y empresas de servicios públicos sean efectivos. Además de esto vale la pena mencionar, uno de los artículos relevantes en este tema, y que a su vez se ha ido modificando a través del tiempo, hasta lograr llegar a ser lo más justo ante el proceso jurídico social que genera la Vigilancia de Servicios Públicos. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

2.4. Marco Teórico

De acuerdo a (Hernández, Alvarado y Velazco; 2013: 29), "La participación política representa al conjunto de acciones o hechos prácticos que todas las personas en su condición de ciudadanos de un país, realizan con el propósito de influir en el proceso político y en los resultados que se desean obtener".

2.4.1. Los subsidios en los servicios públicos en el mundo.

Las investigaciones de (Komives et al, 2006; Marchionni et al, 2008), sostienen que los subsidios caracterizan a los servicios públicos en todo el mundo y su implementación concuerda con las dos justificaciones presentada en el estudio realizado sobre los ciudadanos que tienen

derecho a subsidios en los servicios públicos de (Pantanali et al, 2006). Estas son: desde una perspectiva sectorial, los subsidios sirven para asegurar y mantener el acceso de los servicios a los hogares pobres facilitando de esta manera el logro del acceso universal, y la segunda justificación surge de adoptar una óptica de políticas sociales. Desde esta perspectiva, los subsidios constituyen un mecanismo capaz de reducir: la pobreza, la desigualdad en la distribución del ingreso y fomentar el acceso de los sectores de la población menos favorecidos a otras dimensiones del “bienestar social”, a través de la gestión pública como expresión operativa del Estado, siempre y cuando ésta sea apoyada en acciones políticas que definen el uso, la cantidad y el destino de los recursos del Estado, con la participación de actores tanto públicos como privados (Hernández, 2007). A partir de las justificaciones expuestas, es claro que para el gobierno el tema de los subsidios a la electricidad tiene una notable relevancia para el desarrollo de la población, y por tanto este tema puede ser tratado desde la perspectiva de bienes meritorios, el cual se expone a continuación: como se comentó, la justificación de política social de las transferencias en especie (subsidios a los servicios públicos) como lo plantea (Komives et al, 2006), se debe al hecho de tratar de argumentar la aplicación de subsidios sobre bienes de tipo meritorio (caso del SPD de la electricidad), para estimular el consumo de este bien con el ánimo de lograr efectos indirectos positivos, a partir de la reducción de costos. (Musgrave, 1959; Thurow, 1974)

A partir de las consideraciones de (Musgrave, 1959; Thurow, 1974), podría analizarse que el consumo del bien meritorio (caso la electricidad) puede producir un efecto social mayor que el beneficio por cada individuo que lo consume, es decir, que aspectos como la: calidad, cobertura y precio inciden en el consumo social y en la igualdad de oportunidades que se anhelan

en una sociedad democrática, y por ende en el desarrollo de la economía (Martínez, 2001; Musgrave, 1987).

Dichas consideraciones, según (Pérez, 2009) ubica los bienes meritorios en la esfera del debate público y del proceso político, pues presupone la deliberación colectiva acerca del nivel de consumo de ciertos bienes que son básicos para el bienestar de los integrantes de la comunidad, como es el caso de la electricidad. El resultado de esa deliberación puede llevar al suministro gratuito o subsidiado del bien en cuestión, especialmente a quienes no tienen capacidad de pago, e incluso a considerar obligatorio un nivel de consumo mínimo.

Impactos y generación de electricidad en Latinoamérica.

Los países, aplican subsidios para suavizar el impacto en la economía doméstica de aumentos importantes de los precios del petróleo que por ende afectan los costos de generación de electricidad, o luego de devaluaciones de sus tasas de cambio. Entre los primeros, se puede mencionar a Chile, México y Perú. Por su lado, luego de la fuerte devaluación del peso en 2002, Argentina congeló las tarifas de electricidad y de gas, y aplicó impuestos a la exportación del petróleo y sus derivados, para acotar el aumento de sus precios domésticos, y al mismo tiempo, obtener recursos fiscales. (Cepal y Sica, 2009).

Cabe destacar, que los países que son importadores netos de petróleo también otorgan subsidios a la energía, en particular al consumo de electricidad. En muchos casos, los subsidios ocurren porque las tarifas de electricidad no cubren completamente los costos, incluidos los derivados de las “pérdidas no técnicas”, que comprenden el robo de energía o su no pago. Este es el caso de algunos países de América Central y el Caribe, incluyendo entre otros a Haití,

Honduras, Nicaragua y la República Dominicana. Cabe destacar que tanto países con altos costos de generación como en el Caribe, dada su dependencia del petróleo para producir electricidad, como otros con matrices energéticas más diversificadas y costos más bajos, otorgan subsidios al consumo de electricidad. (Cepal y Sica, 2009).

El régimen de servicios públicos domiciliarios en Colombia.

En Colombia se establecen dos formas de otorgar los subsidios, el primero se realiza a través del cobro de las contribuciones de solidaridad, las cuales, en el caso del sector de acueducto, alcantarillado y aseo, revisten el carácter de un tributo del orden territorial según el razonamiento constitucional referenciado en el anterior punto. Dicha obligación tributaria es exigible de los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6 y al sector industrial y comercial. A su vez dicho monto según la Ley 142, no podrá ser superior al veinte por ciento (20%) del valor del servicio. No obstante, lo anterior como se ha indicado previamente, la Ley 632 de 2000 consagra la posibilidad de modificar ese límite cuantitativo, en la cuantía necesaria para cubrir los subsidios otorgados; en el segundo caso se realiza incorporando las respectivas apropiaciones presupuestales en la conformación de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales, con la finalidad de efectuar gasto público social en materia del subsidio, vale la pena resaltar que en este caso, la obligación de aportar recursos de su presupuesto por parte de la Nación o de las entidades territoriales, solamente es exigible en caso que los recursos de los fondos de solidaridad y redistribución de los mismos.

La Ley 632 de 2000, consagra un término de transición respecto a los subsidios y contribuciones de solidaridad. Al hacerlo, abre el camino para que el porcentaje de contribución

de solidaridad a ser pagado (lo cual constituye la tarifa del tributo) sea determinado por la entidad territorial, en el marco definido por la regulación y la ley, según la proporción del desmonte de subsidios que éstas señalen, que son de mayor envergadura para la cabal comprensión de la problemática generada en torno a los porcentajes del régimen subsidiado.

La noción sobre servicios públicos, planteada por, Eustorgio Sarria, (1.968) quien define: *“servicio Publico es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”* (p 79).

Sustenta su definición basado en las ideas fundamentadas en el derecho administrativo Francés en la relación entre el Estado y los agentes prestadores del servicio público. Afirma, que el hecho de que sean los gobernantes quienes organizan el servicio, no implica que los agentes que asignan esta prestación, no estén en una dependencia directa frente a los gobernantes, pues estas personas puedan acceder a la prestación del servicio por consenso, licencia y permiso. Se debe aclarar que durante este tiempo no se había planeado que a los particulares se les concediera la prestación de los servicios públicos, concepción que se desarrollaría tiempo después. Consecutivamente debido a la necesidad fundamental de la comunidad hacia los servicios públicos la anterior teoría, establecería que el hecho de quien prestara el servicio no fuera el Estado, esto marcaría definitivamente y separaría los conceptos de Estado y servicio público.

El consejo de estado expresa en la Sentencia 917 de 2011 Consejo de Estado las denominadas por la ley "contribuciones", destinadas a los usuarios de menores ingresos, y reguladas por la ley 142 de 1994, las cuales 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 las razones expuestas. 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. 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, centrando 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 de 1.993.

El nuevo contexto legal de las Leyes 812 de 2003 y 1117 de 2006, al quedar las tarifas de los estratos 1 y 2 atadas al IPC, el problema se magnifica. La reforma al régimen de la Ley 142 quita a las empresas toda discrecionalidad en la fijación de los subsidios que entregan y retorna a un esquema de tarifas sociales que no responde a los costos de prestación de los servicios. Se supone que los gobiernos de orden municipal, departamental y nacional incluirán en sus

presupuestos partidas para financiar la política de subsidios y contribuciones en los casos en los que esta arroja déficits. En la práctica, el financiamiento del déficit ha recaído históricamente en su totalidad sobre el gobierno nacional y la administración del esquema que requiere el cruce de subsidios y contribuciones de las empresas por parte de la autoridad gubernamental, ha resultado con frecuencia en presiones sobre la caja de las empresas, que deben asumir los subsidios hasta el momento en que se hacen efectivos los giros del gobierno.

Cualquier variación fuerte produce volatilidades altas en los precios de la energía eléctrica ocasionando riesgos de inversión, a tal punto que se lleguen a generar pérdidas incalculables para los agentes que participan en el mercado. Se establece entonces, la necesidad inmediata de que los agentes caractericen los precios del mercado.

El mercado eléctrico está expuesto a varios de estos choques, como son: a) las épocas de sequía; b) las épocas de lluvia; c) terrorismo; d) regulación; e) interacción diaria de oferta y demanda; f) consumo de la población, y g) imposibilidad de almacenamiento,

Adicionalmente, las noticias negativas en cuanto a los cambios de políticas económicas afectan positivamente la volatilidad del precio de la energía eléctrica, cumpliendo así con las características del precio.

De esta manera, se caracterizó el precio transado en la BE del SEC por medio de dos parámetros, media y varianza, de tal manera que un generador del sector eléctrico pueda predecir el precio del día siguiente. El generador requerirá una predicción diaria no solo porque el mercado funciona con periodicidad, sino porque los datos históricos muestran una gran volatilidad. Se ha de mencionar que el modelo colombiano pronostica los precios a corto plazo y, por lo tanto, se tendrá que estar alimentando diariamente. Los resultados de la caracterización representan una base importante para el diseño y uso de estrategias de inversión para cualquier

agente del sector eléctrico que transe energía en la bolsa, y en el planteamiento y valoración de nuevas estrategias para la disminución de riesgos de inversión como lo son los derivados. Esto permitiría que se beneficiaran todos los agentes del sector, cumpliendo así con lo dispuesto en las Leyes 142 y 143, en donde se establece la sana competencia entre las empresas de servicios públicos, la inversión y gestión del sector privado y la protección en particular de los consumidores, y por ende de toda la sociedad.

Marco Legal

En la constitución de 1991 y en especial la resolución de la ley 142 de 1994 Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994, se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se estipulan otras disposiciones que definen el esquema de la prestación de servicios públicos, donde se pretende optimizar: la oferta, calidad y financiación, para beneficio de los usuarios. Los Servicios públicos domiciliarios a la luz de la ley 142/94 descansan sobre principios básicos:

(..) **Garantía del servicio.** El artículo 365 de la constitución prevé que es deber del estado asegurar la prestación eficiente de los SPD, a todos los habitantes del territorio nacional. Por su parte la ley 142/94 asigna a las empresas o municipios como competencia para asegurar la prestación de las actividades de transmisión de energía eléctrica (Ley 142/94 art. 5, 6, 7).

A la Nación le corresponde asegurar que se realicen en el país las actividades de generación e interconexión a las redes nacionales de energía eléctrica.

Gestión empresarial. La ley 142/94 en su artículo 87 fijó criterios orientadores del régimen tarifario para la gestión económica, administrativa, financiera y técnica con óptima

utilización de los recursos invertidos. Ello implica que bajo el nuevo modelo no es posible la práctica de precios políticos según la conveniencia de los administradores. Se garantiza la recuperación de costos, más cierto margen de utilidad bajo la condición de tarifas y precios eficientes. No se permiten aumentos tarifarios destinados a recuperar pérdidas patrimoniales.

Regulación. La ley 142/94 define la regulación como la: “Facultad de dictar normas de carácter general para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos.

Competencia. Consecuencia directa del artículo 333 de la CP el cual prescribe que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. Encuentra su desarrollo en los artículos, 1, 34, 35, 73, 98 y 133 de la ley 142/94 .

Control y vigilancia. Según el artículo 365 de la CP el estado mantendrá la regulación y el control de los servicios públicos. Actualmente dicho control es ejercido por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a fin de garantizar los derechos de los particulares frente a los agentes que ejercen actividades susceptibles de afectar su bienestar (Artículos 75, 79 de la ley 142/94) .

Participación. Según el artículo 369 de la CP, se determinan los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalizaciones de las empresas estatales que presten el servicio. La ley 142/94 modificada por la ley 689/01 crea los comités de desarrollo y control de los servicios públicos domiciliarios, como mecanismo de participación en la gestión y fiscalización.

La Ley 142 de 1994 (literal a, artículo 4°) establece como objetivo del Estado abastecer la demanda de electricidad, asegurando su cubrimiento en un marco de uso racional y eficiente de los diferentes recursos energéticos. Además, señala que compete al Ministerio de Minas y

Energía definir los planes de expansión de la generación y de la red de interconexión así como también fijar criterios para orientar el planeamiento de la transmisión y la distribución. 25 Según el artículo 20 de la Ley 142 de 1994, es objetivo fundamental de la regulación del sector eléctrico, asegurar una adecuada prestación del servicio en beneficio del usuario, en cuanto a calidad, oportunidad y costo. Por ello, se atribuyeron a la Comisión de Regulación para Energía y Gas (CREG), las funciones de definir y hacer operativos los criterios de calidad, confiabilidad y seguridad de dicho servicio, entre otras. Los generadores, los transmisores nacionales, los transmisores regionales, los distribuidores locales deben entregar a la Unidad de Planeación Minero Energética, (UPME), a más tardar en marzo de cada año, la información de planeamiento estándar y la información de planeamiento detallada de su sistema, para la preparación del Plan de Expansión de Transmisión de Referencia (numeral 7 del Código de Planeamiento, Resolución CREG 025 de 1995, Resolución CREG 085 de 2002).

El sector eléctrico es uno de los segmentos más representativos de la economía nacional, toda vez que se constituye en uno de los servicios públicos esenciales para el desarrollo y crecimiento del país, teniendo en cuenta que el suministro eléctrico depende del Sistema de Interconexión Nacional (SIN) y varios sistemas locales aislados en las Zonas No Interconectadas (ZNI). El SIN comprende la tercera parte del territorio, proveyendo cobertura 28 al 96 por ciento de la población. El sistema ZNI, que cubre las dos terceras partes restantes del territorio nacional, solamente provee servicio al 4 por ciento de la población.

Sin embargo, actualmente, el funcionamiento y desempeño de este mercado energético presenta en su accionar serios tropiezos al momento de responder por todo el sistema de subsidios y por las fallas y deficiencias presentadas en la prestación del servicio; situación a la que no es ajeno el sector asegurador, que requiere mayor efectividad en materia de amparo,

cubrimiento de los riesgos y daños ocasionados por el elevado margen de vulnerabilidad del sistema eléctrico. Esta circunstancia exige políticas serias por parte del Estado Colombiano y una participación activa y decidida del mercado asegurador, que permita contar con una póliza de seguro de responsabilidad civil, con capacidad de respuesta inmediata y amplia, con el fin de cubrir eficazmente los eventos y siniestros que generan las operaciones de las empresas distribuidoras de energía eléctrica del país.

Es importante entender, cuál es 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. Ahora bien, si los Fondos de Solidaridad arrojan excedentes, éstos se destinarán, conforme al artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994.

Para administrar los recursos destinados a subsidiar a las personas de menores ingresos que, según se ha dicho, pueden provenir de dos fuentes: la primera de las contribuciones que pagan los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial; y segunda, 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 como 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 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:

Art.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.

En el caso particular de los servicios públicos, el principio de solidaridad permite que mediante los subsidios consagrados en la ley, las personas de menores recursos tengan acceso a los servicios públicos domiciliarios. Por tanto, la solidaridad de que trata la Constitución debe predicarse no sólo de los contribuyentes, sino de las entidades encargadas de la prestación del servicio, hecho que permite materializar el derecho a la igualdad.

Sin embargo, al analizar el esquema actual de prestación de servicios públicos permite a las empresas prestadoras del servicio utilizar los subsidios a los que se refiere el artículo 5° de la ley 286 de 1996, no sólo en sus usuarios, sino extenderlos, en caso de superávit, a otras empresas dentro del mismo ámbito territorial y, por último, a los fondos de solidaridad de carácter nacional. El traslado de los excedentes a los fondos mencionados, permite que la población con recursos, subsidie a la que no los tiene; mecanismo que materializa el principio constitucional de la redistribución del ingreso.

Es por esto que, las contribuciones que regula el artículo acusado no pueden tener el carácter de rentas de una entidad territorial, como lo pretenden algunos autores, pues no fueron creadas por las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales con autorización de una ley, según lo ordenan los artículos 287, ordinal 3° y 300, ordinal 4° de la Constitución.

En el caso concreto, las contribuciones a las que se refiere la norma acusada son recursos públicos que tienen el carácter de tributo de carácter nacional, razón por la que pertenecen a la Nación y no a las entidades territoriales (artículo 338 de la Constitución).

De esta manera, el legislador, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 367 de la Constitución, atribuyó a la Nación la titularidad de las contribuciones y de los excedentes que por este concepto se recauden, al prestar los servicios de gas combustible, energía eléctrica y telefonía básica conmutada, con el fin de ampliar la cobertura de los mismos, al tiempo que dejó en cabeza de los municipios los excedentes provenientes de las contribuciones percibidas por la prestación de los servicios públicos de agua potable y telefonía local fija, para ser canalizados a través de los fondos de solidaridad municipal.

Los recursos percibidos por concepto de la contribución mencionada, si bien ingresan a los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales por razones fiscales y administrativas, sólo pueden ser destinados a otorgar subsidios previstos en el artículo 368 de la Constitución., no siendo desconocido el artículo 362 de la Constitución.

Para el Ministerio Público el artículo 5° de la ley 286 de 1996, ratifica el carácter nacional que reviste la contribución mencionada y la destinación específica que la caracteriza, razón por la que no desconoce ningún precepto constitucional. Por el contrario, desarrolla los artículos 367 y 368 de la Carta.

La Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 1998, señaló con claridad que las contribuciones correspondientes al sector eléctrico y gas combustible, tienen el carácter de un impuesto del orden nacional con destinación específica, por el principio del carácter de general frente a los destinatarios de la misma, la cual es vinculante y a diferencia de las tasas, su pago no retribuye en contraprestación, la recepción de un servicio administrativo.

Por otro lado, respecto a las contribuciones relativas al sector eléctrico y las aplicables al gas combustible, son consideradas como impuesto nacional con destinación específica, circunstancia que si bien está descrita por el artículo 359 de la Constitución en forma general, claramente se encuentra excepcionada en el numeral segundo del citado artículo, el cual señala que dicha restricción no aplica tratándose de inversión social y el otorgamiento de los subsidios de conformidad con lo señalado se considera como gasto público social por sí mismo. Por lo tanto se adjunta esta sentencia de la corte constitucional.

Sentencia C-086/98***SUBSIDIO EN SERVICIOS PUBLICOS***

La Corte entiende que el legislador, en uso de sus competencias y de los recursos y mecanismos fiscales a su alcance, puede imponer contribuciones como las que regula la ley 142 de 1994, con el objeto de que determinado sector de la población, con cierta capacidad económica, asuma los costos que implica la prestación de servicios a quienes no pueden sufragar su costo real. De esta manera, se busca que toda la población tenga acceso a los servicios públicos y pueda cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, en aplicación del principio de solidaridad que consagra el numeral 9º del artículo 95 de la Constitución, según el cual, es deber de las personas que habitan en el territorio colombiano "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad", en concordancia con el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe promover la prosperidad general. El sistema de subsidios a través del presupuesto, en concepto de esta Corporación, no es el único recurso con que cuenta el Estado para cumplir sus fines sociales en materia de servicios públicos.

SUBSIDIO TARIFARIO CRUZADO-Parámetros bajo los cuales se autoriza su recaudo

Al expedirse la ley 142 de 1994, los "subsidios tarifarios cruzados" fueron regulados, y esta ley se convirtió en la base legal para su cobro (artículos 86 y 87). En ella,

se autorizó a las empresas de servicios públicos continuar con su recaudo, bajo los siguientes parámetros: Su monto no puede ser mayor al 20% del valor del servicio (artículo 89.1) 2. Sólo los usuarios industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6 están obligados a efectuar el pago de este "subsidio" (artículo 89.1). 3. El recaudo corresponde a las empresas que prestan el servicio. 4. Las sumas recaudadas tienen como fin subsidiar parte del costo del servicio en los estratos 1, 2, y 3. 5. Los excedentes que se presenten por este concepto deben trasladarse a fondos de solidaridad y reingreso de carácter nacional, distrital o municipal, según lo señale la ley, teniendo en cuenta el servicio de que se trate, así como la naturaleza de la empresa que lo preste.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Utilización de mecanismos de subsidio y recargo

El legislador estableció dos mecanismos para lograr que, con tarifas por debajo de los costos reales del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios, y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia. El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que pueden otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (artículo 368 de la Constitución). Subsidios que, por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Por tanto, cuando éstos se reconocen, corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (artículo 99 de la ley 142 de 1994). El segundo mecanismo es el recargo en la tarifa del servicio que está obligados a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6, como los de los sectores industrial y comercial. Este sobre costo en el servicio es denominado de distintas formas. Por ejemplo, la ley 142 de 1994, lo denomina "factor", la ley 143 de 1994 "contribución", y la ley 223 de 1995 "sobretasa o contribución especial". 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.

TRIBUTO-Criterio para identificar entidad a que pertenece

Una de las formas de determinar si un gravamen es de carácter nacional o territorial, consiste en hacer uso del criterio orgánico según el cual, "basta identificar si, para el perfeccionamiento del respectivo régimen tributario, es suficiente la intervención del legislador o, si adicionalmente, es necesaria la participación de alguna de las corporaciones locales, departamentales o distritales de elección popular habilitadas constitucionalmente para adoptar decisiones en materia tributaria (C.P. 338). En la medida en que una entidad territorial participa en la definición del tributo, a través de una decisión política que incorpora un factor necesario para perfeccionar el respectivo régimen y que, en consecuencia, habilita a la administración para proceder al cobro, no puede dejarse de sostener que la fuente tributaria creada le pertenece y, por lo tanto, que los recursos captados son recursos propios de la respectiva entidad." La Corte, en aplicación de los criterios orgánico y sustancial, debe concluir que el gravamen al que hemos hecho referencia no es un tributo que tenga el carácter de una renta de las entidades territoriales.

EMPRESAS DE CARACTER PRIVADO O MIXTO QUE PRESTAN SERVICIOS PUBLICOS.

El superávit de las empresas de carácter privado o mixto que presten los servicios públicos de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija sigue siendo administrado por fondos de solidaridad y redistribución del municipio o distrito correspondiente, y su destinación depende de las políticas que adopte la respectiva comisión de regulación. Considera la Corte que la norma acusada antes que desconocer la autonomía de las distintas entidades territoriales, es desarrollo de los principios de solidaridad y de redistribución del ingreso establecido por la Constitución en materia de servicios públicos, que no sólo obligan a los usuarios sino a las empresas prestatarias de éstos, que, sin importar su naturaleza, deben colaborar para que en todo el territorio, los habitantes tengan acceso a ellos.

Cosa juzgada relativa

Al haberse analizado la constitucionalidad del artículo 5° acusado, sólo en relación con la supuesta violación de la autonomía de las entidades territoriales, la declaración de exequibilidad no causará la cosa juzgada absoluta sino relativa.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, Distrito Capital, según consta en acta número ocho (8), a los dieciocho (18) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. Antecedentes.

El ciudadano Andrés Botero Bernal, con fundamento en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución Política, demandó la inconstitucionalidad del artículo 5° de la ley 286 de 1996.

Por auto del primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), el magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó fijar en lista el proceso. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente del Congreso y al Superintendente de Servicios Públicos, con el objeto de que, si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

A. Norma acusada.

El actor demandó parcialmente los incisos tercero y cuarto del artículo 5° de la ley 286 de 1996 del Congreso de Colombia, y la expresión “de carácter nacional” del inciso primero. Sin embargo, el Magistrado sustanciador consideró que el análisis de constitucionalidad debía realizarse en relación con el texto íntegro del artículo 5°, por existir un nexo inescindible entre lo demandado y el texto del que hace parte. Razón por la que se admitió la demanda frente a todo el artículo, cuyo texto se transcribe a continuación: En este sentido la Ley establece en el

"Artículo 5°- 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 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.

“Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la ley 142 de 1994.

“Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de energía eléctrica y 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.”

B. La demanda.

El actor estima que el artículo demandado viola los artículos 58, 362, 365 y 367 de la Constitución Política.

Considera el demandante que las contribuciones que pagan los usuarios de las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios son rentas tributarias que pertenecen a los municipios, cuando estos servicios son prestados directamente por la entidad territorial o empresas de carácter oficial. Razón por la que la norma acusada no podía transferir su producto a la Nación, porque ello desconoce lo preceptuado en el artículo 362 de la Constitución. Para el demandante, estas contribuciones hacen parte de las rentas de las entidades territoriales, que gozan de las mismas garantías otorgadas a la propiedad privada (artículo 58).

Así mismo, afirma que la Constitución, en el artículo 367, facultó al legislador para fijar las competencias y las responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, norma ésta que, sin embargo, no autoriza a la Nación para apropiarse de los dineros que reciben las distintas empresas de servicios públicos por concepto del servicio que prestan.

C. Intervenciones.

Dentro del término constitucional establecido para intervenir en defensa o impugnación de la norma acusada, presentaron escritos los ciudadanos designados por el Ministerio de Minas y Energía, por el Ministerio de Comunicaciones, por la Superintendencia de Servicios Públicos, y por el Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Igualmente, presentó escrito el ciudadano Luis Alfonso Rojas Rocillo. Estas intervenciones pueden resumirse así:

a) La ciudadana Myriam Elena Pazos de Morales, designada por el Ministerio de Minas y Energía, considera que ni las contribuciones que pagan los usuarios de los estratos 5 y 6 ni sus excedentes pertenecen a las entidades territoriales que directamente prestan esos servicios, porque las leyes 142 y 143 de 1994, que establecen el régimen de los servicios públicos domiciliarios, no señalan que así lo sean.

b) La ciudadana Norma Constanza Olmos Leguizamón, designada por la Superintendencia de Servicios Públicos, considera que el artículo 5° de la ley 286 de 1996, es simple desarrollo de los artículos 365 y 368 de la Constitución, pues los subsidios que en él consagra, permiten ampliar la cobertura de los servicios públicos a la totalidad de la población, al tiempo que facilitan a las

empresas el cumplimiento de la finalidad social que reviste su actividad, de acuerdo con los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos.

Por otra parte, considera que los subsidios de que trata el artículo 5° de la ley 286 de 1996, no son un tributo, sino contribuciones que deben cancelar los usuarios como una remuneración por los servicios que se les presta.

c) El Instituto Colombiano de Derecho Tributario, considera que el artículo 5° acusado, otorga el carácter de contribución a los sobrepagos que obligatoriamente deben sufragar determinados usuarios de servicios públicos domiciliarios, para subsidiar a los de menores recursos. Contribuciones que tienen la naturaleza legal y técnica de un impuesto, por ser erogaciones que se exigen obligatoriamente a un grupo, no como una retribución del servicio propiamente dicho, sino para atender las necesidades de los estratos bajos, y como aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos.

Sin embargo, cuando el servicio público domiciliario es prestado por entidades territoriales o por sus empresas, éstas tienen el derecho de cobrar la tarifa o tasa compensatoria del servicio y la sobretasa correspondiente, y de conformidad con el artículo 368 de la Constitución, administrar estos recursos a través de sus respectivos presupuestos, razón por la que la norma acusada es inconstitucional, puesto que obliga a transferir esos dineros a fondos nacionales, cuando la Constitución las autoriza para administrarlos directamente.

Por tanto, los excedentes a que se refiere la norma acusada tienen el carácter de rentas territoriales, que gozan de las garantías contempladas en el artículo 362 de la Carta, naturaleza que desconoce la norma acusada.

Se afirma, finalmente, que la norma demandada es constitucional, en la medida en que sólo se aplique a las empresas de servicios públicos de carácter particular o mixto, en desarrollo del artículo 150, numeral 12 de la Constitución.

d) La ciudadana designada por el Ministerio de Comunicaciones, Luz Angela Giraldo Lozano, afirma que no es válido plantear que la norma acusada otorgue a la Nación rentas que pertenecen a las entidades territoriales, ya que las contribuciones que en ella se consagran no son de su propiedad, por tratarse de recursos destinados a la financiación de los subsidios establecidos para el pago de las tarifas de los usuarios de menores recursos.

La norma acusada, afirma, no determina quien tiene la propiedad sobre las contribuciones en mención, razón por la que no desconoce los mandatos de los artículos 362 y 367 de la Carta.

e) El ciudadano Luis Alfonso Rojas Rosillo, explica que en el caso particular de los servicios públicos, el principio de solidaridad permite que mediante los subsidios consagrados en la ley, las personas de menores recursos tengan acceso a los servicios públicos domiciliarios. Por tanto, la solidaridad de que trata la Constitución debe predicarse no sólo de los contribuyentes, sino de las entidades encargadas de la prestación del servicio, hecho que permite materializar el derecho a la igualdad.

En su concepto, el esquema actual de prestación de servicios públicos permite a las empresas prestadoras del servicio utilizar los subsidios a los que se refiere el artículo 5° de la ley 286 de 1996, no sólo en sus usuarios, sino extenderlos, en caso de superávit, a otras empresas dentro del mismo ámbito territorial y, por último, a los fondos de solidaridad de carácter nacional. El traslado de los excedentes a los fondos mencionados, permite que la población con recursos, subsidie a la que no los tiene. Mecanismo que materializa el principio constitucional de la redistribución del ingreso.

Afirma que las contribuciones que regula el artículo acusado no pueden tener el carácter de rentas de una entidad territorial, como lo pretende el demandante, pues no fueron creadas por las asambleas departamentales o los concejos municipales con autorización de una ley, según lo ordenan los artículos 287, ordinal 3° y 300, ordinal 4° de la Constitución.

En el caso concreto, las contribuciones a las que se refiere la norma acusada son recursos públicos que tienen el carácter de tributo de carácter nacional, razón por la que pertenecen a la Nación y no a las entidades territoriales (artículo 338 de la Constitución).

Finalmente, afirma que el artículo 5° de la 286 de 1996, como desarrollo de la ley de servicios públicos, facilita la canalización de los recursos a los usuarios de menores ingresos, atendidos por empresas cuyos recaudos no son suficientes para atender los subsidios de ley.

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

Por medio de oficio número 1405 del 15 de octubre de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, solicitando a la Corte, declarar exequible el artículo 5° de la ley 286 de 1996.

En primer término, indica que en desarrollo de los artículos 150 numeral 12, 334, 367 y 368 de la Constitución, se expidió la ley 142 de 1994, que reglamenta el régimen de prestación de los servicios públicos. El artículo 89 de esta ley, regula una contribución fiscal que tiene por fin la redistribución del ingreso hacia los sectores menos favorecidos.

De esta manera, el legislador, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 367 de la Constitución, atribuyó a la Nación la titularidad de las contribuciones y de los excedentes que por este concepto se recauden, al prestar los servicios de gas combustible, energía eléctrica y telefonía básica conmutada, con el fin de ampliar la cobertura de los mismos, al tiempo que dejó en cabeza de los municipios los excedentes provenientes de las contribuciones percibidas por la prestación de los servicios públicos de agua potable y telefonía local fija, para ser canalizados a través de los fondos de solidaridad municipal.

Los recursos percibidos por concepto de la contribución mencionada, si bien ingresan a los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales por razones fiscales y administrativas, sólo pueden ser destinados a otorgar subsidios previstos en el artículo 368 de la Constitución. En consecuencia, la norma acusada no desconoce el artículo 362 de la Constitución.

Para el Ministerio Público el artículo 5° de la ley 286 de 1996, ratifica el carácter nacional que reviste la contribución mencionada y la destinación específica que la caracteriza, razón por la que no desconoce ningún precepto constitucional. Por el contrario, desarrolla los artículos 367 y 368 de la Carta.

II. Consideraciones de la Corte.

Procede la Corte Constitucional a dictar la decisión que corresponde a este asunto, previas las siguientes consideraciones.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso por haberse originado en la demanda de inexecutable presentada contra una norma que hace parte de una ley, de conformidad con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Segunda.- Lo que se debate.

Según el demandante, la norma acusada desconoce el artículo 362 de la Constitución, según el cual las rentas tributarias o no tributarias de las entidades territoriales son de su exclusiva propiedad, y gozan de las mismas garantías que las rentas de los particulares.

Específicamente, entiende que las contribuciones que pagan los usuarios de los servicios públicos de los estratos 5 y 6, cuando éstos son prestados por empresas de servicios públicos que pertenecen a las distintas entidades territoriales o por empresas de carácter oficial, son rentas que pertenecen a estas entidades y, por tanto, no pueden ser trasladadas a la Nación.

Así las cosas, la Corte deberá establecer si el artículo 5° de la ley 286 de 1996, al determinar que tienen carácter nacional las contribuciones que pagan los usuarios de los servicios públicos de energía, gas combustible y telefonía básica conmutada en los estratos 5 y 6, así como el sector industrial y grandes consumidores, desconoce alguna norma de la Constitución, en especial, las señaladas por el actor.

Tercera.- Los subsidios en los servicios públicos.

La prestación y cobertura de los servicios públicos, en general, y, en especial, de los domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible), está supeditada no sólo a la capacidad financiera, técnica y administrativa de las respectivas empresas, sino a la demanda y capacidad de pago de los usuarios.

Las fórmulas para fijar las tarifas de estos servicios están determinadas no sólo por el consumo correspondiente, sino por los costos y los gastos propios de la operación (expansión, reposición de equipos, mantenimiento), aumentos de productividad, etc. Naturalmente que, en la fijación de los costos deberá actuarse racionalmente, evitando todo exceso que perjudique al usuario.

De otra parte, el desarrollo de la tecnología para la prestación de estos servicios, no podrá hacerse a costa del usuario sino en la medida en que corresponda al mejoramiento del servicio. Temas éstos que deben ser analizados por las correspondientes comisiones reguladoras de tarifas.

La suma de todos los factores señalados, permite determinar el precio que se debe sufragar por el suministro de estos servicios, costo que no todos los usuarios, dada su capacidad de pago, pueden soportar, razón por la que se han creado subsidios que permiten a la población de escasos recursos tener acceso a éstos, pues de una real y eficiente cobertura depende que se dé cumplimiento a uno de los fines del Estado Social de Derecho: **la prestación de servicios públicos que garantice el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población**, fin éste que no sólo obliga al Estado, sino a todos aquellos que participan en su prestación.

Como desarrollo de este principio, la Constitución autoriza a la Nación, a los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, con el fin de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (artículo 368 de la Constitución), autorización que debe entenderse como una excepción a la prohibición de otorgar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas (artículo 355 de la Constitución). Se autoriza a la Nación y a las distintas entidades territoriales, para que, con recursos de sus presupuestos, asuman la diferencia entre lo que se les cobra a determinados usuarios por la prestación de un servicio público y su costo real.

Igualmente, la Corte entiende que el legislador, en uso de sus competencias y de los recursos y mecanismos fiscales a su alcance, puede imponer contribuciones como las que regula la ley 142 de 1994, con el objeto de que determinado sector de la población, con cierta capacidad económica, asuma los costos que implica la prestación de servicios a quienes no pueden sufragar su costo real.

De esta manera, se busca que toda la población tenga acceso a los servicios públicos y pueda cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, en aplicación del principio de solidaridad que consagra el numeral 9º del artículo 95 de la Constitución, según el cual, es deber de las personas que habitan en el territorio colombiano “*contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*”, en concordancia con el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe promover la prosperidad general.

Así las cosas, el sistema de subsidios a través del presupuesto, en concepto de esta Corporación, no es el único recurso con que cuenta el Estado para cumplir sus fines sociales en materia de servicios públicos.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 y, específicamente, de la ley de servicios públicos (ley 142 de 1994), el tema de los subsidios presentaba inconvenientes.

Algunos de los subsidios otorgados se caracterizaban por consagrar métodos regresivos para su concesión, pues sectores de la población con cierta capacidad de pago se estaban beneficiando de la subvención que se otorgaba por bajos consumos, al tiempo que usuarios de escasos recursos estaban soportando los mayores costos. Este método partía del principio según el cual a mayor ingreso mayor consumo, razón por la que un número significativo de usuarios, sin importar sus condiciones socio-económicas, resultaban subsidiados. El costo de estos subsidios era asumido por la Nación y los distintos entes territoriales, a través de sus presupuestos.

Por su parte, las empresas de servicios públicos empezaron a utilizar los “*subsidios tarifarios cruzados*”, mecanismo que consistía en cobrar a los usuarios de más altos ingresos y a los no regulados (aquellos que no están sujetos al sistema tarifario, por lo general pertenecientes a los sectores industrial y comercial), un sobrepago por la prestación del servicio. Con los montos recaudados en esos sectores, los usuarios de escasos recursos no pagaban el costo real servicio, diferencia que se cubría con el recargo en la tarifa a otros usuarios.

Este mecanismo presentaba serios reparos, pues el sobrepago en las tarifas era, en la práctica, una imposición que, sin respaldo legal, las comisiones de regulación y tarifas obligaban a pagar a determinados usuarios. No existía claridad sobre la naturaleza de estos dineros, su destinación y la competencia de las empresas de servicios públicos para efectuar su cobro.

Al expedirse la ley 142 de 1994, los “*subsidios tarifarios cruzados*” fueron regulados, y esta ley se convirtió en la base legal para su cobro (artículos 86 y 87). En ella, se autorizó a las empresas de servicios públicos continuar con su recaudo, bajo los siguientes parámetros:

1. Su monto no puede ser mayor al 20% del valor del servicio (artículo 89.1). Las comisiones de regulación deben determinar el porcentaje a pagar dentro de este límite, salvo para el servicio de energía, pues la ley (artículo 95 de la ley 223 de 1995) directamente lo fijó en el 20%.

2. Sólo los usuarios industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6 están obligados a efectuar el pago de este “subsidio” (artículo 89.1).

A través de la estratificación, se clasifica a la población según sus condiciones socio-económicas, a efectos de permitir que la redistribución del ingreso y el principio de solidaridad que deben imperar en el régimen de tarifas para los servicios públicos domiciliarios se cumplan

efectivamente (artículo 367 de la Constitución). La ley de servicios públicos, en este caso, hace uso de este mecanismo para determinar qué sectores de la población deben, además de pagar los costos propios de los servicios públicos de que son usuarios, asumir un pago extra, a fin de colaborar con ese otro sector de la población que no tiene los recursos suficientes para cubrir los costos reales de estos servicios.

La Corte, en sentencia C-257 de 1997, declaró exequible este mecanismo como instrumento legal de clasificación de los usuarios de servicios públicos.

3. El recaudo corresponde a las empresas que prestan el servicio. Para el efecto, en las facturas de cobro se debe discriminar el monto que corresponde al valor del servicio, y el que corresponde al aporte destinado a subsidiar a los estratos 1, 2, y 3 (artículo 89).

4. Las sumas recaudadas tienen como fin subsidiar parte del costo del servicio en los estratos 1, 2, y 3. Para el efecto, una vez efectuado su recaudo, las distintas empresas de servicios públicos deben destinar estos recursos a cubrir los costos del servicio no cobrado a los usuarios de los estratos señalados. Movimientos estos que deben quedar reflejados en la contabilidad de cada empresa.

5. Los excedentes que se presenten por este concepto deben trasladarse a fondos de solidaridad y reingreso de carácter nacional, distrital o municipal, según lo señale la ley, teniendo en cuenta el servicio de que se trate, así como la naturaleza de la empresa que lo preste.

Dentro de este contexto, y para efectos de resolver el cargo de la demanda, es necesario determinar la naturaleza de este cobro, a fin de establecer sí, como lo afirma el demandante, los dineros recaudados por este concepto son rentas que pertenecen a las entidades territoriales, y, en consecuencia, sólo éstas pueden disponer de los excedentes que se generen.

Cuarta.- Naturaleza del cobro que, sobre el valor del servicio se hace a los sectores industrial y comercial, y a los usuarios de los estratos 5 y 6.

Algunos de los intervinientes en este proceso, consideran que el cobro de hasta un 20% sobre el valor del servicio que están obligados a pagar determinados usuarios de servicios públicos es un tributo. Otros, por el contrario, le niegan esta naturaleza.

Por tanto, se requiere definir la naturaleza de este sobre costo, para resolver el cargo de la demanda.

Para el efecto, es necesario precisar que el artículo 363 de la Constitución, señala como una de las finalidades del Estado Social de Derecho, asegurar la prestación eficiente de servicios

públicos a todos los habitantes del territorio, teniendo en cuenta los criterios de calidad, eficiencia y cobertura. En desarrollo de este mandato constitucional, se delegó en el legislador la facultad de reglamentar las competencias y responsabilidades en la prestación de estos servicios (artículo 367). Al tiempo que las asambleas departamentales y concejos municipales deben reglamentar su eficiente prestación (artículos 300 y 313 de la Constitución).

Por tanto, existe en esta materia una competencia concurrente entre los niveles central, regional y local, pues se le asignó al Congreso la facultad de expedir leyes en materia de prestación de servicios públicos (artículo 150, numeral 23) y, en especial, en los servicios públicos domiciliarios (artículo 367). Es decir, la autonomía de los entes territoriales en lo que se refiere a la prestación y regulación de los servicios públicos está limitada por la Constitución y la ley.

Específicamente, en lo que hace a los servicios públicos domiciliarios, el artículo 367 de la Constitución delegó en el legislador la facultad de establecer competencias, responsabilidades, cobertura, calidad y **financiamiento** de estos servicios. **Al igual que la determinación de los criterios y factores que habrían de tenerse en cuenta para fijar las correspondientes tarifas.** En desarrollo de este mandato constitucional, se expidió la ley 142 de 1994.

En esta ley, el legislador, haciendo uso de la atribución constitucional a que se ha hecho referencia, estableció dos mecanismos para lograr que, con tarifas por debajo de los costos reales del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios, y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia.

El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que pueden otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (artículo 368 de la Constitución). Subsidios que, por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Por tanto, cuando éstos se reconocen, corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (artículo 99 de la ley 142 de 1994).

El segundo mecanismo es el recargo en la tarifa del servicio que está obligados a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6, como los de los sectores industrial y comercial. Este sobrecosto en el servicio es denominado de distintas formas. Por ejemplo, la ley 142 de 1994, lo denomina “factor”, la ley 143 de 1994 “contribución”, y la ley 223 de 1995 “sobretasa o contribución especial”.

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. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que “*la denominación tributaria usada por el legislador es indiferente en sí misma al momento de resolver si el contenido material del gravamen, sus características, forma de cobro y demás elementos con incidencia jurídica se avienen a la Constitución.*” (Sentencia C-430 de 1995. Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

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).

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. Al respecto, ha dicho esta Corporación:

“...la generalidad del impuesto no consiste en que todas las personas residentes en el territorio o la totalidad de los ciudadanos deban estar obligados a su pago. Su sentido cabal radica en que el tributo se establezca respecto de todos aquellos que se encuentran bajo supuestos

iguales, de manera tal que los sujetos pasivos no resultan señalados de manera individual, exclusiva o singular, de acuerdo con la decisión arbitraria de un funcionario administrativo o de la propia ley, sino que adquieren ese carácter al encajar en las hipótesis genéricamente previstas en la norma.

“Si el carácter general de un impuesto implicara que debiera cobrarse a todas las personas y no solamente a aquellas que, según la ley, reúnen ciertas condiciones o ejecutan determinados actos, resultaría que el legislador carecería de atribuciones para seleccionar, según criterios de su libre apreciación, quiénes deben estar obligados a tributar y, en consecuencia, bastaría ser persona para verse precisado a pagar toda clase de gravámenes, sin consideración a factores de diversidad, lo cual sería regresivo e injusto. Ningún sentido tendría entonces la proporcionalidad, la razonabilidad y la equidad en el reparto de las cargas públicas. Además, carecería de fundamento y de utilidad la obligación prevista en el artículo 338 de la Constitución, a cuyo tenor la ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar directamente, entre otros aspectos, los sujetos pasivos de los impuestos.” (Sentencia C-430 de 1995. Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

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).

Por otra parte, para determinar si este tributo es de carácter nacional o territorial, es necesario recurrir a la definición que la jurisprudencia constitucional ha establecido en esta materia. Según ésta, una de las formas de determinar si un gravamen es de carácter nacional o

territorial, consiste en hacer uso del criterio orgánico según el cual, *“basta identificar si, para el perfeccionamiento del respectivo régimen tributario, es suficiente la intervención del legislador o, si adicionalmente, es necesaria la participación de alguna de las corporaciones locales, departamentales o distritales de elección popular habilitadas constitucionalmente para adoptar decisiones en materia tributaria (C.P. 338). En la medida en que una entidad territorial participa en la definición del tributo, a través de una decisión política que incorpora un factor necesario para perfeccionar el respectivo régimen y que, en consecuencia, habilita a la administración para proceder al cobro, no puede dejarse de sostener que la fuente tributaria creada le pertenece y, por lo tanto, que los recursos captados son recursos propios de la respectiva entidad.”* (Sentencia C-219 de 1997. Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

En el caso que se analiza, los elementos de la denominada contribución, fueron definidos por el legislador, que delegó en las respectivas comisiones de regulación, la facultad de determinar, dentro del límite del 20% del valor del servicio, el porcentaje del gravamen. Estas comisiones, por definición legal (artículo 69 de la ley 142 de 1994), son unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial adscritas a los Ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, según el servicio público domiciliario de que se trate.

Como puede observarse, las entidades territoriales no tienen injerencia alguna en la determinación de los elementos de este tributo, que permita deducir su carácter de renta territorial (artículos 300, numeral 4° y 313, numeral 4°).

Sin embargo, existen casos donde a pesar de que el legislador ha regulado todos los aspectos de un tributo, éste se constituye en renta de los distintos entes territoriales, porque su rédito entra a formar parte de los respectivos presupuestos, hecho que les permite solventar sus gastos (criterio sustancial o material). Al respecto, se dijo en la citada sentencia: *“... puede ocurrir que el legislador establezca que una determinada fuente tributaria pertenece a la nación y, sin embargo, la regule de manera tal que, materialmente, de lugar a recursos propios del departamento o del municipio.*

En consecuencia, la Corte, en aplicación de los criterios orgánico y sustancial, debe concluir que el gravamen al que hemos hecho referencia no es un tributo que tenga el carácter de una renta de las entidades territoriales.

Así las cosas, es necesario afirmar que la carga tributaria impuesta a los usuarios de servicios públicos de los estratos 5 y 6, y a los de los sectores industrial y comercial, es una renta de carácter nacional con una destinación específica, de las que excepcionalmente autoriza la Constitución, al estar destinadas a inversión social, término éste que en su momento fue definido por esta Corporación como *“gastos ... que tienen como finalidad la de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre como ser social, bien sea a través de la prestación de los servicios públicos, el subsidio de ellos para las clases más necesitadas o marginadas...”* (Sentencia C-590 de 1992. Magistrado Ponente, doctor Simón Rodríguez Rodríguez).

La ley ha asignado a cada una de las empresas de servicios públicos, sean ellas oficiales, mixtas o privadas, la facultad de compensar con lo que reciban del sobrecosto cobrado a determinados usuarios, los montos dejados de percibir de usuarios a quienes no se les cobra el costo real del servicio. Es decir, que estos dineros, en la medida que compensen el menor valor facturado a los estratos 1, 2 y 3, son propiedad de cada una de las empresas prestadoras de estos servicios. Es sobre este monto que la Constitución y la ley deben otorgar la protección correspondiente.

En otros términos, las empresas de servicios públicos se pueden reputar propietarias de las sumas recaudadas por concepto de la contribución de que trata la ley 142 de 1994, en la medida que ellas compensen el valor que se han dejado de cobrar a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3.

No sucede lo mismo con los excedentes que por estos cobros se puedan generar, pues corresponde a la ley determinar su destinación y, como dineros públicos que son, las empresas prestadoras de estos servicios no pueden apropiárselos, pues están obligados a girar estos dineros a los fondos de solidaridad, de conformidad con lo dispuesto en las normas vigentes.

Si bien se ha dicho que las sumas recaudas por concepto de esta contribución, pasan a integrar el patrimonio de las empresas recaudadoras, ello sólo es cierto en la medida que esas sumas cubran lo que se ha dejado de cobrar a los usuarios de los estratos bajos. Sin embargo, los excedentes como dineros públicos que son (artículo 89.6 de la ley 142 de 1994), no pueden ser apropiados por las empresas prestadoras del servicio, sea cual fuere su naturaleza.

Debe entenderse que estos excedentes no hacen parte de la retribución del servicio, razón por la que las empresas prestadoras de servicios no pueden pretender que les pertenecen, *pues los costos que genera la prestación de estos servicios están cubiertos con las tarifas correspondientes*, como ya se explicó.

El que la ley de servicios públicos hubiese autorizado a los fondos de solidaridad y redistribución de las distintas entidades territoriales, para administrar estos excedentes, fijando la forma como deben ser distribuidos, no permite afirmar que estos dineros pasen a formar parte de las rentas de las distintas entidades, y, en consecuencia, que no se pueda modificar la destinación que puede dárseles.

Por tanto, el legislador, en relación con estos excedentes, puede darles la destinación que considere apropiada, siempre y cuando con ello se dé cumplimiento a los principios que la Constitución ha trazado, en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios: acceso, cobertura, redistribución y solidaridad, entre otros.

Así las cosas, no podría entenderse cómo, si las distintas entidades prestatarias de los servicios públicos domiciliarios presentan superávits por concepto del gravamen que recaudan de los estratos correspondientes, la ley no pueda señalar la forma de reinvertirlos, en su propio sector, a nivel municipal, departamental o nacional, contribuyendo con el Estado a cumplir su función de generar bienestar general y mejorar la calidad de vida de la población (artículo 366 de la Constitución). Es claro que, en este campo, la Constitución reconoció al legislador una amplia facultad de regulación. Por ello, considera la Corte que no desconoce ningún derecho de los entes territoriales, una norma que establezca no sólo el carácter nacional de la contribución que se cobra a determinados usuarios de servicios públicos domiciliarios, sino la de los excedentes correspondientes.

Estos excedentes no pueden tener una naturaleza distinta a la del gravamen que los origina. Por tanto, el legislador puede, para efectos de su administración y, como una forma de dar aplicación al principio de redistribución del ingreso, ordenar su traslado a fondos especiales de solidaridad y redistribución de carácter municipal, distrital, departamental o nacional, sin que por esto se conviertan en rentas de las distintas entidades territoriales.

El que estos fondos hagan parte del presupuesto de cada entidad territorial, no significa que los dineros que ellos reciben por concepto del superávit que se pueda generar por la recaudación de este impuesto, sean de su propiedad, pues las entidades territoriales no tienen sobre estos recursos capacidad de disposición, dado que la ley fija directamente su destinación.

Por otra parte, de acuerdo con la naturaleza de las distintas empresas prestadoras de servicios, que deben constituirse en sociedades por acciones (artículo 17 de la ley 142 de 1994), y la circunstancia de que, en desarrollo del principio de la libre competencia, éstas pueden prestar sus

servicios en cualquier parte del territorio colombiano y en el exterior (artículo 23 de la ley 142 de 1994), no existe razón válida para afirmar que los excedentes que genere el cobro de la contribución en estudio, deban manejarse y canalizarse únicamente por el fondo creado en la entidad territorial propietaria de la empresa del servicio público correspondiente, pues estos excedentes se pueden producir en distintas zonas del país. Por ejemplo, si las Empresas Públicas de Medellín prestan el servicio de energía en zonas del Atlántico, no existe razón para que los excedentes que se generen por el cobro a los estratos 5 y 6, o a grandes contribuyentes en esta zona, sólo puedan invertirse en Medellín y sus alrededores, o considerarse de propiedad de este municipio.

Obsérvese que la norma acusada, ordena a las empresas prestatarias de los servicios de energía, gas combustible y telefonía básica conmutada destinar los dineros que se recauden por concepto de este sobrecosto en el valor de las tarifas *“al cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial”*, y los excedentes transferirlos a los fondos de carácter nacional, según sea el caso.

Para un mejor entendimiento de este precepto, es necesario analizar brevemente la forma como la ley 142 de 1994, regulaba el manejo de estos excedentes y los cambios introducidos por la norma acusada.

Quinta.- Regulación de los superávit en la ley 142 de 1994.

Según la naturaleza de la entidad y el servicio prestado, los superávit que se presentaran por concepto del gravamen al que están sometidos los estratos 5 y 6, y los sectores industriales y comerciales, debían ser trasladados a fondos de solidaridad y redistribución creados para el efecto, así:

Sin distinguirse el servicio prestado, se establecía como principio general que **las empresas oficiales del orden municipal, departamental o distrital** que prestaran cualquier servicio público domiciliario, debían trasladar los excedentes a **fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que serían creados por los concejos municipales** (artículo 89), dineros que debían destinarse a empresas de la misma naturaleza y servicio de la entidad territorial aportante. Si los fondos, después de cubrir estos costos, reportaban superávit, éste debía destinarse a las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en el departamento, municipio o distrito limítrofe de la aportante (artículo 82.9).

Las empresas que recibían estos aportes debían destinarlos a cubrir el menor valor cobrado a los usuarios de estratos bajos, y que con sus recaudos no alcanzaban a sufragar. A esta conclusión se llega después de analizar el texto del artículo 89 y 89.8, de la ley en comento.

Dentro de este contexto, la norma acusada, modificó la ley 142 de 1994, en el sentido de destinar los excedentes que se generen en las empresas de servicio público oficial de carácter municipal, departamental o distrital prestatarias de *los servicios públicos de energía eléctrica, gas combustible y telefonía básica conmutada a los fondos de solidaridad y redistribución de carácter nacional*, cuando se han cubierto la totalidad de los subsidios en la respectiva zona territorial, esto es, donde se presta el servicio.

Los fondos nacionales tenían, en la ley 142, el manejo de los excedentes producidos por las **empresas privadas o mixtas de carácter nacional, departamental o municipal, prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible**, así como el de las **oficiales de carácter nacional**.

La finalidad de estos excedentes, según el artículo 89.3 de la ley 142 de 1994, la determina el Congreso, quien debe destinarla “... *como inversión social, a dar subsidios que permitan generar, distribuir, y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales, preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados de petróleo*”. Destinación que se mantiene en la norma acusada.

En relación con los excedentes de las empresas de telefonía básica conmutada, el artículo demandado ordena que los mismos sean trasladados al fondo de solidaridad y reingreso del Ministerio de Comunicaciones, una vez se cubra la totalidad de los subsidios en la respectiva zona. Su finalidad, cubrir los subsidios de los usuarios de los estratos I, II y III atendidos por empresas deficitarias, y fomentar programas de telefonía social, dirigidos a las zonas rurales y urbanas caracterizadas por la existencia de usuarios con altos índices de necesidades básicas insatisfechas (artículo 74.3 de la ley 142 de 1994). Estos excedentes, en la ley 142 tenían un régimen igual que el de las empresas de energía y gas combustibles prestados por empresas de carácter oficial.

El superávit de las empresas de **carácter privado o mixto** que presten los **servicios públicos de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija** sigue siendo administrado

por fondos de solidaridad y redistribución del municipio o distrito correspondiente, y su destinación depende de las políticas que adopte la respectiva comisión de regulación.

En conclusión, considera la Corte que la norma acusada antes que desconocer la autonomía de las distintas entidades territoriales, es desarrollo de los principios de solidaridad y de redistribución del ingreso establecido por la Constitución en materia de servicios públicos, que no sólo obligan a los usuarios sino a las empresas prestatarias de éstos, que, sin importar su naturaleza, deben colaborar para que en todo el territorio, los habitantes tengan acceso a ellos.

En consecuencia, al haberse analizado la constitucionalidad del artículo 5° acusado, sólo en relación con la supuesta violación de la autonomía de las entidades territoriales, la declaración de exequibilidad no causará la cosa juzgada absoluta sino relativa.

III.- Decisión.

Con base en las consideraciones anteriores, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase **EXEQUIBLE** el artículo 5° de la ley 286 de 1996, únicamente por los cargos examinados en esta sentencia.

Cópiese publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Firmado por Vladimiro Naranjo Mesa, Presidente; Jorge Arango Mejía, Magistrado; Antonio Barrera Carbonell, Magistrado; Eduardo Cifuentes Muñoz, Magistrado; Carlos Gaviria Díaz, Magistrado; José Gregorio Hernández Galindo, Magistrado; Hernando Herrera Vergara, Magistrado; Alejandro Martínez Caballero, Magistrado; Fabio Morón Díaz, Magistrado; Martha Victoria Sáchica De Moncaleano, Secretaria General.

La jurisprudencia constitucional se refiere a la sentencia pronunciando razones que dan a entender una exigencia de naturaleza tributaria, donde el sobrecosto en los servicios públicos domiciliarios es un impuesto porque 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 socioeconómicas, 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 este no es retribución del servicio prestado, no existe beneficio alguno para quien lo sufraga, y el usuario no tiene la opción de no pago.

Capítulo III.

3.1. Metodología

El tipo de estudio que se va a realizar es de carácter descriptivo, y su diseño metodológico obedece al tipo cualitativo el cual analiza categorías y variables para explicar las causas y consecuencias que motivan un fenómeno de tipo social.

Se hace referencia al tipo Cualitativo, por la interpretación de los hechos humanos así como la resolución de problemas, hace referencia a los atributos, esencia o propiedades no cuantificables del comportamiento, logrando que se puedan describir y comprender mejor los fenómenos, acontecimientos y acciones de los participantes.

Según Jiménez-Domínguez (2000):

Los métodos cualitativos parten del supuesto básico de que el mundo social está construido de significados y símbolos. De ahí que la intersubjetividad sea una pieza clave de la investigación cualitativa y punto de partida para captar reflexivamente los significados sociales. La realidad social así vista está hecha de significados compartidos de manera intersubjetiva. El objetivo y lo objetivo es el sentido intersubjetivo que se atribuye a una acción. La investigación cualitativa puede ser vista como el intento de obtener una comprensión profunda de los significados y definiciones de la situación tal como nos la presentan las personas, más que la producción de una medida cuantitativa de sus características o conducta.

El término diseño en el marco de una investigación cualitativa se refiere al abordaje general que se utiliza en el proceso de investigación, es más flexible y abierto y el curso de las acciones se rige en este caso por los trabajadores y la evolución y transformaciones que se dan

en cada generación, de este modo, el diseño se va ajustando a las condiciones que cada trabajador tiene en su entorno.

Varios autores plantean diversas tipologías de los diseños cualitativos, la que proponen Hernández, Fernández & Baptista (2006) que aunque no abarca todos los marcos interpretativos, si comprende los principales como los diseños narrativos y diseños fenomenológico sal buscar los temas relacionados con las variables del proyecto en revistas indexadas, tesis, etc., que sirvan de base para pasar a la fase de codificación donde se analizará la información recolectada, extractando ideas, conceptos e interpretaciones que sirvan para direccionar cada tema y tener en cuenta posibles datos no considerados, para finalmente pasar a refinar el análisis dándoles la interpretación para el contexto de la investigación sobre el tema de los subsidios y su incidencia legal en las poblaciones vulnerables y los propios criterios que se emiten luego de su análisis.

Alcance metodológico

Por su enfoque metodológico y su fundamentación epistemológica tiende a ser de orden bibliográfica y documental. Utiliza preferentemente información cualitativa, descriptiva y no cuantificada, como se refiere Hernández, 2003.

Estos paradigmas cualitativos e interpretativos, son usados en el estudio de pequeños grupos: comunidades, escuelas, salones de clase, etc. Se caracteriza por la utilización de un diseño flexible para enfrentar la realidad y las poblaciones objeto de estudio en cualquiera de sus alternativas. Trata de integrar conceptos de diversos esquemas de orientación de la investigación social. (Hernández et al., 2003)

Se presenta también una investigación documental, de acuerdo al concepto de Alfonso (1995), la investigación documental es un procedimiento científico, un proceso sistemático de indagación, recolección, organización, análisis e interpretación de información o datos en torno a un determinado tema. Al igual que otros tipos de investigación, éste es conducente a la construcción de conocimientos nuevos que serán enmarcados en un artículo de investigación para la comunidad académica como material de consulta y la comunidad en general.

Fuentes

Secundarias.

Revisión documental, bibliográfica, artículos de revistas indexadas, tesis, investigaciones. Lo cual va a permitir la función predominantemente informativa, en el que se estructura en forma analítica y crítica la información recogida en distintas fuentes acerca de un tema determinado, que son soporte de cada concepto emitido y se contemplan en las referencias bibliográficas, así mismo, los autores que sirven de base para enmarcar las variables, analizados en las fichas de lectura. Exige una selección rigurosa y una organización coherente de los datos recogidos.

De acuerdo a Kaufman, A y Rodríguez M. (2001). La selección y organización de los datos sirve como indicador del propósito que orienta la escritura.

Técnicas

Se hará uso de la revisión bibliográfica y la observación como técnicas para la recopilación de la información, la cual debe combinarse con la capacidad de análisis y síntesis como método de la investigación por que realiza una exploración para captar la hipótesis del

problema y crear un nuevo conocimiento, generando en la autora la interpretación de los datos e información recogida de tal manera, que dicho proceso permite vivir la lectura y la escritura como procesos de construcción de significados vistos en su función social, sin perseguir un significado único.

4. Resultados y discusión

Frente a la observación documental, es evidente que en Colombia podría perfeccionarse el esquema de asignación de subsidios mediante la comprobación previa de la forma de vida y eliminar de una vez por todo el esquema del estrato, unificando el sistema mediante el cual se identifican los hogares más pobres. El perfeccionamiento del esquema incluye el tránsito hacia la autoselección, donde los hogares más pobres se presenten voluntariamente para ser calificados, y donde el estatus de pobreza tenga fecha de expiración y requiera eventualmente ser renovado. Con seguridad, el costo de administrar un mecanismo de focalización con estas características es mucho más bajo que destinar recursos inmensos a subsidiar el consumo de hogares que no deberían ser objeto de subsidio.

Cabe anotar, que el estado colombiano a través de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg, considera que se deben modificar las resoluciones Creg 241 de 2015 y Creg 186 de 2013 para poder dar aplicación completa a lo establecido en el Artículo 104.

En este entendido, decreta la cartera de Energía que los estratos 1 y 2 tendrán derecho a los subsidios de energía y gas definidos en el artículo 3° de la Ley 1117 de 2006, modificado por el artículo 1° de la Ley 1428 de 2010 y prorrogado por el artículo 17 de la Ley 1753 de 2015, siempre y cuando el consumo total del usuario no exceda en un 50% el consumo básico o de subsistencia establecido por el Gobierno Nacional, reestableciéndose los subsidios cuando el usuario disminuya el consumo a los límites establecidos.

Sin embargo y de acuerdo a las medidas, un decreto no puede estar por encima de una ley y los subsidios están contemplados en la Ley del Presupuesto General que rige desde el 1 de enero de 2018. Lo que están contemplando son sanciones a los subsidios que excedan los

consumos, para regular los consumos a los estratos 1 y 2 esta medida afecta al estrato 3 de forma considerable; el estudio socio económico no contempla la relación entre una familia de la costa no es similar a una del altiplano y no se le ha dado la oportunidad a estos estratos de tener una eficiencia energética, como cambiar los electrodomésticos; se tiene que hacer eso dándole la oportunidad con líneas de crédito, nadie puede ahorrar energía con electrodomésticos ineficientes y se necesita educación y formación en el ahorro de consumo de energía.

4.1. Impacto interno

Identificar la importancia del cumplimiento del servicio de energía eléctrica para la sociedad organizada en una matriz de costo –beneficio.

Una vez producida la electricidad, se traslada a los hogares gracias al uso de materiales conductores como lo son los cables metálicos y el cobre. El origen de la energía eléctrica por lo general, proviene de las centrales de energía, las cuales se dividen según las fuentes que se va a utilizar para la producción de electricidad. En pocas palabras, la energía eléctrica puede ser conseguida a través de centrales solares, hidroeléctricas térmicas, nucleares, eólicas y otras.

La electricidad hoy en día, forma parte indispensable de nuestra vida por la necesidad que se ha creado al utilizar una gran variedad de dispositivos eléctricos para el diario vivir, bien sea a nivel laboral o en el hogar con el fin de facilitar procesos o buscar entretenimiento al utilizar TV, Laptop u otros dispositivos.

Además de lo anterior, la energía eléctrica se ha convertido en un servicio básico que debe tener cualquier hogar. Sin embargo, esta fuente también genera riesgos de peligro por el

mal uso puede ser algo peligrosa y se debe tomar las medidas de seguridad adecuadas para evitar algún accidente debido a su mala utilización.

La energía eléctrica, conceptualizada desde un punto de vista físico, es la expresión de una corriente eléctrica, la cual se genera por una diferencia de potencial eléctrico entre dos puntos que son específicos.

Beneficios de la energía eléctrica.

1. La energía eléctrica es muy fácil de distribuir y transportar.
2. Gracias a la electricidad, se puede mejorar el desempeño debido a la amplia gama de dispositivos que facilitan las actividades en la oficina u hogar.
3. Esta puede ser la fuente de energía más accesible en zonas urbanas que están lejos de las ciudades.
4. Con la energía eléctrica se puede iluminar las avenidas y/o calles.
5. También es muy útil para mejorar la comunicación alrededor del mundo mediante el uso de dispositivos.

Determinar la incidencia legal frente al esquema vigente del subsidio de contribución de solidaridad.

El régimen de subsidios y contribuciones de la Ley 142 de 2004 tal como fue concebido era autofinanciado. Las empresas podían elegir el nivel de subsidio que entregarían a los hogares de los estratos 1, 2 y 3, de acuerdo con su disponibilidad de recursos y lo que establecía la ley era topes a los mismos. En este contexto, las empresas que atienden mercados más pobres en

ciudades de menor tamaño en las que las contribuciones de la industria y comercio son bajas, evitarían el déficit del esquema pagando menores subsidios, mientras que las empresas que operan en las ciudades más grandes podrían pagar subsidios más altos sin poner en riesgo su viabilidad financiera. En la práctica, la Ley tuvo otra interpretación y los porcentajes de subsidio que establece con frecuencia se han asumido como obligatorios. El resultado es un número de empresas para las cuales el esquema de subsidios y contribuciones es deficitario.

En el nuevo contexto legal de las Leyes 812 de 2003 y 1117 de 2006, al quedar las tarifas de los estratos 1 y 2 atadas al IPC, el problema se magnifica. La reforma al régimen de la Ley 142 quita a las empresas toda discrecionalidad en la fijación de los subsidios que entregan y retorna a un esquema de tarifas sociales que no responde a los costos de prestación de los servicios. Se supone que los gobiernos de orden municipal, departamental y nacional incluirán en sus presupuestos partidas para financiar la política de subsidios y contribuciones en los casos en los que esta arroja déficits. En la práctica, el financiamiento del déficit ha recaído históricamente en su totalidad sobre el gobierno nacional y la administración del esquema, que requiere el cruce de subsidios y contribuciones de las empresas por parte de la autoridad gubernamental, ha resultado con frecuencia en presiones sobre la caja de las empresas, que deben asumir los subsidios hasta el momento en que se hacen efectivos los giros del gobierno.

El régimen jurídico aplicable al tema del otorgamiento de subsidios y contribuciones a sectores con menor capacidad adquisitiva de la población, ha sido objeto de múltiples interpretaciones y cambios en su marco normativo, a raíz de una serie de desarrollos reglamentarios proferidos por el Gobierno Nacional y de algunos fallos jurisdiccionales que han dejado sin piso algunas iniciativas gubernamentales en la materia. Así las cosas, frente a esa categoría, es pertinente señalar que la Corte Constitucional ha decantado una línea

jurisprudencial en materia de las características del derecho a los servicios públicos como fundamentales y susceptibles de amparo vía acción de tutela, para el uso humano e industrial lo cual hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas cuando está destinada al consumo humano. En esa línea, entonces, para algunos efectos no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o en efecto, son numerosas las sentencias proferidas por las distintas Salas de Revisión de esta Corporación que definen los casos en los que procede la tutela para exigir de las autoridades públicas y de los particulares la adecuada, eficiente y oportuna prestación de los servicios público de acueducto y alcantarillado, si se tiene en cuenta la especial importancia que para el Estado Social de Derecho, tiene la solución de las necesidades insatisfechas de la población, en particular respecto de estos derechos asociados a la vida .

La Corte entiende que el legislador, en uso de sus competencias y de los recursos y mecanismos fiscales a su alcance, puede imponer contribuciones como las que regula la ley 142 de 1994, con el objeto de que determinado sector de la población, con cierta capacidad económica, asuma los costos que implica la prestación de servicios a quienes no pueden sufragar su costo real. De esta manera, se busca que toda la población tenga acceso a los servicios públicos y pueda cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, en aplicación del principio de solidaridad que consagra el numeral 9º del artículo 95 de la Constitución, según el cual, es deber de las personas que habitan en el territorio colombiano "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad", en concordancia con el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe promover la prosperidad general. El sistema de subsidios a través del presupuesto, en concepto de esta Corporación, no es el único recurso con que cuenta el Estado para cumplir sus fines sociales en materia de servicios públicos.

Subsidio Tarifario Cruzado-Parámetros bajo los cuales se autoriza su recaudo.

Al expedirse la ley 142 de 1994, los "subsidiarios tarifarios cruzados" fueron regulados y esta ley se convirtió en la base legal para su cobro (artículos 86 y 87). En ella, se autorizó a las empresas de servicios públicos continuar con su recaudo, bajo los siguientes parámetros: a) su monto no puede ser mayor al 20% del valor del servicio (artículo 89.1); b) sólo los usuarios industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6 están obligados a efectuar el pago de este "subsidio" (artículo 89.1); c) el recaudo corresponde a las empresas que prestan el servicio; d) las sumas recaudadas tienen como fin subsidiar parte del costo del servicio en los estratos 1, 2, y 3. 5, los excedentes que se presenten por este concepto deben trasladarse a fondos de solidaridad y reingreso de carácter nacional, distrital o municipal, según lo señale la ley, teniendo en cuenta el servicio de que se trate, así como la naturaleza de la empresa que lo preste.

La clasificación que permitiría cumplir el objetivo de facturar los SPD en proporción directa a la capacidad de pago, necesariamente debería considerar el efecto que tiene la tarifa sobre el valor unitario, de forma tal que, manteniendo las demás variables constantes, se debería clasificar en un estrato menor a quien tenga tarifa más alta y viceversa. Es decir, que dos familias de igual capacidad de pago pertenecerían a estratos distintos cuando las condiciones técnicas y operativas de prestación del servicio impliquen tarifas significativamente diferentes, porque de lo contrario, a igual capacidad de pago, corresponderían pagos (valores unitarios) distintos.

Adicionalmente, una clasificación así se estrecharía con montos de subsidios y contribuciones fijos (para Energía Eléctrica y Gas) Además, estos porcentajes de subsidios y contribuciones sólo podrían ajustarse en un rango que va desde 70% de subsidio hasta un 60% de contribución, lo

cual resulta, a todas luces insuficiente para compensar la enorme heterogeneidad tarifaria y socioeconómica que se presenta

Por otra parte, una clasificación así no sería estrictamente una estratificación de acuerdo con criterios estadísticos estándares, en la medida en que no se clasificaría a los usuarios agrupándolos por características similares que permitieran conformar grupos homogéneos o estratos. Lo que se haría, a partir del cálculo tarifario de la empresa que le atiende (tarifa) y del análisis socioeconómico del usuario, sería determinar el porcentaje de subsidio o contribución que le correspondería.

Si el objetivo del régimen tarifario de los SPD fuera cobrar dichos servicios en proporción directa a la capacidad de pago de los usuarios, se tendría que concluir que el régimen esta cojo porque es como una mesa de tres patas con una fija y dos que varían sin guardar relación entre ellas. Resulta totalmente fortuito que un sistema así se equilibre y es imposible que una estratificación -de cualquier índole- logre tal objetivo

Servicios Públicos Domiciliarios-Utilización de mecanismos de subsidio y recargo.

El legislador, estableció dos mecanismos para lograr que con tarifas por debajo de los costos reales del servicio la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia. El primero de estos mecanismos, lo constituyen los subsidios que pueden otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (artículo 368 de la Constitución). Subsidios que, por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia. Por tanto, cuando éstos se reconocen, corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (artículo 99 de la ley 142 de 1994). El segundo

mecanismo, es el recargo en la tarifa del servicio que está obligado a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6, como los de los sectores industrial y comercial. Este sobre costo en el servicio, es denominado de distintas formas. Por ejemplo, la ley 142 de 1994, lo denomina "factor", la ley 143 de 1994 "contribución", y la ley 223 de 1995 "sobretasa o contribución especial". Dadas las características de este recargo, se considera un impuesto con una destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes.

Evaluar los criterios de control y variables de focalización que presenta el estado y las prestadoras del servicio eléctrico, para el sostenimiento de la contribución del subsidio como derecho fundamental de las poblaciones vulnerables.

Las inversiones en los servicios públicos, han sido financiadas en porcentajes altos por parte del presupuesto del gobierno central, permitiendo a los departamentos enfocarse en sectores que tradicionalmente pueden ser contenidos en el gasto social. Esto plantea la necesidad de entender mejor la pertinencia de una integralidad de las políticas entre los diferentes niveles de gobierno. En lo que respecta a los gobiernos distritales, se ha buscado hacer efectivo un mejoramiento del bienestar a través de una visión de ciudades que potencien al individuo, y confluye con políticas del gobierno nacional alrededor de la persona como centro de la lucha contra la reducción de la pobreza y en parte la lucha contra la desigualdad.

La diversidad de subsidios y contribuciones lleva a que un hogar pueda estar afectado por distintas políticas de manera diferencial. Por consiguiente, es importante poder clasificar y entender el balance neto entre estos flujos (subsidios, contribuciones e impuestos), e identificar el impacto local sobre el ingreso y capacidad de pago de los hogares, las medidas de pobreza y el

efecto redistributivo a lo largo de las ciudades para Entender el grado de progresividad a nivel local de los diferentes subsidios e impuestos, de manera particular y en conjunto, nos permite dimensionar su impacto sobre la distribución del ingreso.

La herramienta para la focalización de los subsidios en Colombia es la estratificación socioeconómica de las viviendas. De acuerdo con ésta, se catalogan en seis grupos o estratos. Al estrato 1, corresponden las viviendas que por sus características objetivas se identifican como las más pobres. En el estrato 6, al otro extremo, están las viviendas catalogadas como las más ricas. Según la ley, el subsidio máximo sobre el consumo de subsistencia es del 50% para el estrato 1, 40% para el estrato 2 y 15% para el estrato 3; la contribución máxima sobre el consumo total de los estratos 5 y 6 y de los usuarios no residenciales es del 20%. La tarifa debe reflejar al usuario los costos eficientes de la prestación de los servicios, teniendo en cuenta las reducciones por subsidios o los aumentos por contribuciones. Dado que los topes establecidos por la ley eran inferiores a los subsidios efectivos vigentes en el momento de su expedición, fue necesario implementar un programa de desmonte gradual de subsidios que ha conducido a aumentos en la factura al usuario final. Para las empresas de los sectores de energía eléctrica y telefonía, el proceso de rebalanceo tarifario terminó en 2000.

El diseño de los esquemas de subsidios, determina su desempeño en términos de focalización. Los mecanismos más comunes de subsidios al consumo son aquellos no dirigidos hacia un segmento particular de la población, que se basan en las cantidades consumidas, como las tarifas de bloque creciente. La literatura ha demostrado que estos esquemas tienden a ser regresivos (Foster al et., 2005). En contraste hay esquemas de subsidios dirigidos mediante mecanismos explícitos de focalización, que benefician solamente a un grupo de la población. En

la práctica, es frecuente encontrar esquemas que combinan subsidios dirigidos con subsidios no dirigidos.

Existen varias formas de focalización explícita. La focalización explícita por selección administrativa ocurre cuando los gobiernos o empresas deciden qué hogares serán beneficiarios de subsidio basados en la identificación de un grupo de consumidores que comparta alguna característica (focalización categórica), que viva en una región o vecindario específico (focalización geográfica), o que se haya identificado como pobre (focalización a través de comprobación previa de medios de vida). En contraste, la focalización explícita por autoselección, ocurre cuando los subsidios se asignan con base en la cantidad consumida por el hogar de modo que sólo los hogares que consumen por debajo de un umbral determinado acceden al subsidio, o con base en el nivel del servicio que el hogar elije.

Otra dimensión de diseño que diferencia entre sí los diferentes esquemas de subsidios al consumo, es la manera en la que estos se financian. En algunos casos son los gobiernos los proveedores directos del subsidio, en otros casos los subsidios se financian mediante sobrecargos al costo de los servicios de los consumidores de mayores ingresos (subsidios cruzados) y en algunos casos, en el extremo, nadie los financia. En este último caso, cuando las transferencias de los gobiernos o los subsidios cruzados no cubren las pérdidas financieras de las empresas relacionadas con subsidiar a los consumidores, éstas se compensan mediante el recorte de gastos en ampliación de los sistemas, en mantenimiento o en renovación de activos, con efectos graves sobre la calidad de los servicios y la capacidad para responder al crecimiento de la demanda en el largo plazo.

Se hace referencia a de los mecanismos alternativos de focalización, la primera dimensión relevante en el diseño de cualquier programa de subsidio (al consumo de servicios

públicos o de otros servicios o bienes necesarios), usando el esquema de subsidios cruzados a las tarifas de servicios públicos vigente en Colombia como punto de referencia.

En Colombia las competencias y responsabilidades en materia de servicios públicos fueron fijadas por la Ley 142 de 1994 donde se establece que las tarifas de los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, gas y telefonía fija), deben reflejar los costos eficientes de provisión e incorporar los descuentos por subsidio otorgados a los usuarios residenciales de menores ingresos, o el factor de contribución por aporte solidario de los usuarios residenciales de mayores ingresos y de los usuarios industriales y comerciales.

El mecanismo de subsidios establecido por la Ley utiliza como herramienta de focalización la estratificación socioeconómica de las viviendas, cuya implementación se asigna a las autoridades de cada municipio con las correspondientes indicaciones metodológicas inicialmente por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) y posteriormente el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para implementar la estratificación. De acuerdo con ella, las viviendas son clasificadas en seis estratos a partir de sus características observables. Así, el Estrato 1 está conformado por aquellas viviendas que por sus características se identifican como las más pobres, mientras que al Estrato 6 corresponden aquellas identificadas como las más ricas. Son meritorios de subsidio aquellos usuarios cuya vivienda pertenece a los estratos 1, 2 y 3. Estos usuarios pueden recibir un subsidio a la tarifa de los servicios públicos de conexión domiciliaria de hasta 50%, 40% y 15% respectivamente, sobre un consumo básico de subsistencia a determinar por las autoridades de cada sector. Por encima de ese nivel de consumo básico, pagan la tarifa marginal plena, equivalente al costo medio de suministro del servicio. Los usuarios que residen en vivienda de estrato 4 pagan la tarifa plena por la totalidad de sus consumos y los usuarios de estratos 5 y 6, los usuarios industriales y los

usuarios comerciales pagan un sobre costo de hasta 20%, que tiene por objeto financiar los subsidios a los hogares de menores ingresos. Posterior a esta Ley ha habido modificaciones a los porcentajes de subsidio y contribución y a los consumos básicos subsidiables el mecanismo de focalización geográfica sigue vigente.

En la práctica la asignación de subsidios a través de este mecanismo resulta en una combinación de bajos errores de exclusión y altísimos errores de inclusión, usando datos de la Encuesta de Calidad de Vida de 2003 y bajo el supuesto que los subsidios deberían concentrarse en el 40% más pobre de la población, al revisar la información documental se encuentra que aunque la mayoría de los hogares más pobres son en efecto beneficiarios de subsidio, la proporción de hogares beneficiarios de subsidio pertenecientes al 60% más rico de la población es muy alta: 87% en agua, 83% en energía eléctrica y 45% en telefonía fija. Estos últimos se estaban llevando en 2003, 71%, 89% y 79% del valor de los subsidios de estos servicios respectivamente.

La Corte Constitucional sentenció: “En relación con los servicios públicos domiciliarios, no se encuentra en la Constitución ninguna indicación precisa sobre la forma de hacer el reparto de los costos y beneficios derivados de los mismos entre los usuarios (C.P. art. 338) ni sobre el criterio concreto de solidaridad y redistribución de ingresos que debe reflejarse, junto con los costos, en el respectivo régimen tarifario (C.P. Art. 367). Se trata de extremos definitivamente liberados a la libre configuración normativa del legislador”¹⁷ En otro aparte precisa, además, la Corte: “La tarifa, en este caso, está vinculada al estrato socioeconómico en el que resulte clasificado el usuario, lo que en últimas dependerá de las características físicas de su vivienda y de las condiciones materiales de su entorno inmediato. La parte de la tarifa que traduce el costo del servicio está determinada por el beneficio que recibe el usuario y a este respecto no cabe, en

principio, formular observación alguna.” Sentencia No. C-252/97, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes

En el caso colombiano, la discusión acerca de los mecanismos de focalización es aún más compleja, pues el estrato coexiste con un segundo mecanismo de focalización mediante el cual se identifica la población elegible a recibir servicios de salud gratuitos o a costo subsidiado que se conoce como el Sisben. El Sisben es un mecanismo basado en la comprobación previa de medios de vida a través de encuestas, mediante el cual se asigna una calificación a los hogares según el nivel de riqueza, también de 1 a 6 en orden ascendente. En sus orígenes la calificación Sisben se diseñó haciendo caso omiso del estrato al que estaba asignada la vivienda del hogar encuestado.

No es sorprendente, que los errores de inclusión junto al desperdicio de recursos asociado con ellos, que resultan de simulaciones en las que los subsidios a los servicios públicos se entregan utilizando la calificación SISBEN de los hogares sean mucho más bajos. Posteriormente la encuesta SISBEN ha sido modificada y las propiedades de focalización del “Nuevo SISBEN”, que da peso al estrato de la vivienda en la calificación de los hogares, son menos buenas.

Una de las razones por las que el SISBEN ha sufrido modificaciones en el tiempo es por el descubrimiento de engaño por parte de los hogares al reportar la información. Ninguno de estos esquemas está exento de problemas y tal vez la reflexión debe centrarse en la identificación del mecanismo de focalización que mejor cumple su objetivo, minimizando costos (asociados con la economía política de las políticas de subsidios y otros).

Por otra parte, con el propósito de mejorar la calidad del servicio de energía eléctrica, la resolución de la Comisión y Regulación de Energía y Gas, CREG 097 de 2008 estableció los

primeros lineamientos para implementar una nueva metodología para su medición. Para este efecto, el nuevo esquema tiene como principales indicadores el ITAD (Índice Trimestral Agrupado de Discontinuidad) y el IRAD (Índice de Referencia de la Calidad Media), los cuales se interpretan de la siguiente forma: Si el ITAD está por debajo del IRAD y su valor tiende a cero, se evidencia una mejora en la calidad; mientras si por el contrario el ITAD supera al IRAD se exhibe un deterioro en la calidad del servicio. Ambos indicadores se miden para el nivel de tensión 1 y para los niveles de tensión 2 y 3 de manera agregada. Es importante resaltar que los indicadores a los que se hacen referencia son únicos por cada prestador, lo que tiene por finalidad medir la evolución de la calidad del servicio teniendo en cuenta las condiciones propias de cada mercado (clima, seguridad, orden público, geografía e infraestructura) que no permiten de forma clara comparar la actuación de los agentes entre regiones, dadas las características particulares de cada una de ellas. Debido a las inversiones necesarias para poder hacer registro del ITAD, al finalizar 2015, el 58,6% de las empresas pudieron adoptar la nueva metodología, y se continuó con la tendencia. De esta forma, el período de transición no finalizó en 2017 como se tenía previsto, y continuó durante todo el año. Sin embargo, con base en la información aportada por las empresas que empezaron a realizar el registro del ITAD, en términos generales la calidad del servicio se mantuvo constante en los niveles de tensión 2 y 3, mientras en el mercado regulado, la calidad del servicio disminuyó.

El gasto de los hogares pertenecientes a los quintiles más bajos en fuentes de energía para cocinar difiere a electricidad y gas natural supera con creces el gasto de los hogares conectados a la red de gas natural y es sustancialmente alto incluso comparado con el gasto en electricidad. Esto daría la impresión de que los hogares urbanos no conectados a la red eléctrica

acceden a sustitutos de los servicios a un costo relativo muy alto y que posiblemente accederían al servicio de electricidad, de estar este disponible en el lugar donde residen.

Cabe anotar, que una facturación de servicio público domiciliario, en adelante SPD que verdaderamente atienda a la capacidad de pago de los usuarios debería equilibrar de alguna manera la tarifa, el estrato y el porcentaje de subsidio o contribución para conseguir un valor unitario acorde con dicha capacidad de pago. Sin embargo, el sistema tarifario colombiano no opera así; mientras que la tarifa depende de las condiciones en las cuales se presta el servicio (condiciones de la oferta de SPD) con total independencia de la capacidad de pago de los usuarios (condición socioeconómica de quienes los demandan), los montos de subsidios y contribuciones aunque con algunas discrecionalidades permanecen constantes y la estratificación socioeconómica por su parte, debe clasificar los inmuebles residenciales (las viviendas). Es perfectamente claro, que el valor de la tarifa no se puede calcular en función de la capacidad de pago del usuario; ni para SPD ni para cualquier otro bien o servicio, el costo real depende de la condición socioeconómica del usuario unitario fuese proporcional a la capacidad de pago de los usuarios bajo las condiciones del actual régimen tarifario de los SPD.

5. Conclusiones

De acuerdo a las normas, documentos y jurisprudencia establecidas y analizadas en este proyecto se observa un déficit entre subsidios y contribuciones, es posible pensar que el estado colombiano se vería abocado a una situación en la cual, la alternativa sería ajustar la tarifa disminuyendo el otorgamiento de subsidios en perjuicio de la población más vulnerable, circunstancia que obligaría con urgencia a expedir los actos administrativos necesarios para garantizar el equilibrio financiero que se sustenta en lo normado en la Ley 632 de 2000 y en el Decreto 1013 de 2005, fijando los porcentajes del aporte solidario a través de los organismos de representación popular.

La viabilidad del esquema financiero para el otorgamiento de subsidios en el mediano y largo plazo, depende entre otras variables de la disciplina y el esfuerzo fiscal en el plano territorial, departamental y municipal; así como del establecimiento de políticas sectoriales que proyecten robustecer la generación de recursos encauzados a materializar teleológicamente las finalidades de solidaridad y redistribución concebidos como insumos, que permitan la estructuración de políticas públicas y que requieran necesariamente de un subyacente presupuestal; que sirva como garante para responder con eficacia a los retos que demanda materializar los derechos fundamentales en el seno de un auténtico Estado Social de Derecho.

En cuanto al mecanismo de focalización geográfica de subsidios a las tarifas de los servicios públicos, basado en la estratificación socioeconómica de la vivienda vigente en la actualidad en Colombia, ha sido exitoso en dirigir subsidios a los hogares pobres porque les ha ayudado con el costo de los servicios público y en la adquisición de viviendas. Esto lo ha conseguido no obstante, con el costo de un desperdicio sustancial de recursos, producto de altos

errores de inclusión, por cuenta de los cuales una porción significativa de los recursos de subsidio llega a hogares que realmente no los necesitan para asegurar su consumo de servicios públicos. La debilidad del estrato como instrumento para la focalización de los estratos para los subsidios porque está en su concepción, en la medida en que las características de las viviendas no están perfectamente correlacionadas con el nivel de pobreza de los hogares que habitan en ellas, pero sobre todo en su implementación, que deja espacios para una excesiva discrecionalidad por parte de los alcaldes sobre quienes recae. El resultado, es un estrato tres muy amplio, que contiene hogares a lo largo de toda la distribución de ingresos.

6. Recomendaciones



CIRCULAR EXTERNA 4 001

Bogotá D.C. 02 ENE 2018

PARA: PRESTADORES DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y GAS.

ASUNTO: APLICACIÓN ARTÍCULO 104 de la Ley 1873 de 2017

El Congreso Nacional expidió la Ley 1873 de 2017, mediante la cual decretó el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la Vigencia Fiscal 2018, estableciendo en su artículo 104:

"SUBSIDIOS DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y GAS. Los estratos 1 y 2 tendrán derecho a los subsidios de energía y gas definidos en el artículo 3° de la Ley 1117 de 2006, modificado por el artículo 1° de la Ley 1428 de 2010 y prorrogado por el artículo 17 de la Ley 1753 de 2015, siempre y cuando el consumo total del usuario no exceda en un 50% el consumo básico o de subsistencia establecido por el Gobierno Nacional.

Estos subsidios se restablecerán cuando el usuario disminuya el consumo a los límites establecidos en el presente artículo" (negrillas fuera del texto original)

Con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada disposición, los Prestadores del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica y Gas Combustible para uso domiciliario distribuido por red de tuberías, deberán aplicar la reglamentación que expedirá el Gobierno Nacional, puesta al público para comentarios en la página electrónica del Ministerio de Minas y Energía, así como la regulación tarifaria que adopte la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG respecto del cálculo de los subsidios a los usuarios.

Cordial saludo,

Alonso K. Cardona Delgado
ALONSO CARDONA DELGADO
 Viceministro de Energía (E)

Proyectó: Belfredi Prieto Osorno/Coordinador Grupo Energía OAJ
 Revisó: Juan Manuel Andrade Morantes/Jefe OAJ
 Aprobó: Alonso Cardona Delgado/Viceministro Energía (E)

Es importante tener en cuenta la circular que sustenta el gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía donde se reglamenta la aplicación del Artículo 104 de la ley 1873 de 2017 del Presupuesto, denominado a ‘Subsidios de Energía Eléctrica y Gas’, que

determina unas condiciones de subsidio de energía y gas para los usuarios de los estratos 1 y 2 cuyo consumo no exceda en un 50% el consumo básico o de subsistencia. (Apéndice A).

Este mismo punto, además, prevé que estas condiciones de subsidio a los usuarios de los estratos 1 y 2 se restablecerán cuando el usuario disminuya el consumo a los límites establecidos.

Según la Comisión de Regulación de Energía y Gas, Creg, se deben modificar las resoluciones Creg 241 de 2015 y Creg 186 de 2013 para poder dar aplicación completa a lo establecido en el Artículo 104.

En este entendido, decreta la cartera de Energía que los estratos 1 y 2 tendrán derecho a los subsidios de energía y gas definidos en el artículo 3° de la Ley 1117 de 2006, modificado por el artículo 1° de la Ley 1428 de 2010 y prorrogado por el artículo 17 de la Ley 1753 de 2015, *siempre y cuando el consumo total del usuario no exceda en un 50% el consumo básico o de subsistencia establecido por el Gobierno Nacional*. Y agrega la norma, como se había mencionado, que *estos subsidios se restablecerán cuando el usuario disminuya el consumo a los límites establecidos*.

La medida, se deja en claro, *se aplicará solamente en aquellos casos en que se efectúe medición individual a los usuarios atendidos y que no podrá ser aplicada en los casos en que se utilicen equipos de medición comunitaria*.

7. Referencias Bibliográficas

- Alfonzo, I. (1995). Técnicas de investigación bibliográfica. Caracas: Contexto Ediciones.
- Castro, R., Rosales, R., & Rahal, A. (2008). Metodologías de preparación y evaluación de proyectos de inversión pública. (C. Facultad de Economía, Ed.) Bogotá, D.C., Colombia: Universidad de los Andes.
- CEPAL y SICA. 2007. Estrategia Energética Sustentable Centroamericana 2020. México: Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Sistema de Integración Centroamericana.
- Colombia, Constitución política de la república de Colombia. Comisión de regulación de energía y gas. CREG. Ley 142 y 143 de 1994. Disponible en Internet:
http://www.creg.gov.co/upload/documentos/FAQ_Interes_General.html.
- Fedesarrollo. (2009) El mercado de la energía eléctrica en Colombia: características, evolución e impacto sobre otros sectores. Capítulo 6. Subsidios cruzados, impuestos y contribuciones: ¿el camino correcto para lograr la equidad?
- Foster, V., K. Komives, J. Halpern y Q. Word (2005). Agua, Electricidad y Pobreza – Quien se beneficia de los subsidios a los servicios públicos. Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones, S.A.
- Hernández Sampieri, Roberto; Collado Fernández, Carlos y Baptista Lucio, Pilar. Metodología de la Investigación. Cap. 1. McGraw-Hill Interamericana. México, D.F., 2003.
- Hernández de Velasco, Judith Josefina (2007). Tomas de Decisiones públicas desde la perspectiva del Proceso Tecnocrático y la Participación Ciudadana: Caso Venezolano. Revista Venezolana de Gerencia. Vol 12 N°40 diciembre 2007. ISSN1315-9984. Pp 553-571.

Hernández G. de Velazco, Judith J.; Chumaceiro H, Ana Cecilia; Ravina Ripoll, Rafael. (2017).

Estado Populista Y Gestión De Políticas sociales. Una Mirada En America Latina.

Negotium, Revista Científica de Ciencias Gerenciales, vol. 13, núm. 38, noviembre,

2017. ISSN 1856-1810 pp. 49-61.

Jiménez-Domínguez, B. (2000). Investigación cualitativa y psicología social crítica. Contra la

lógica binaria y la ilusión de la pureza. Investigación cualitativa en Salud. Recuperado el

10 de abril del 2007. De: <http://www.cge.udg.mx/revistaudg/rug17/3invesigacion.html>.

Marchionni, M., W. Sosa Escudero y J. Alejo (2008). “La incidencia distributiva del acceso,

gasto y consumo en los servicios públicos”. Centro de Estudios Distributivos, Laborales y

Sociales. Maestría en Economía Universidad Nacional de La Plata. Documento de

Trabajo Nro. 69.

Martínez, D. (2001). Informe de ponencia para primer debate al proyecto de acto legislativo

número 20 de 2001 Senado, 160 de 2000 Cámara. Ponencia Senado de la República

Colombiana. Bogotá, pág. 12.

Musgrave, R. (1959). The theory of public finance. New York. McGraw Hill.

Pantanali, C., y Benavides, J (2006). Subsidios eléctricos en América Latina y el Caribe: Análisis

comparativo y recomendaciones de política. Banco Interamericano de Desarrollo. BID.

Participación Ciudadana, Tecnologías De Información- Comunicación Y Opinión Pública.

Revista Teacs, Año 5, Numero 11, Enero -Junio 2013 - Issn N° 1856-9773. Pp 25-34

Pérez, M. (2009). Necesidades, derechos y políticas públicas: una mirada desde la teoría

económica. En: Revista de Economía Institucional, vol. 11, n. 20, primer semestre/2009,

pp. 253-269.

RETD. (2013). Renewable Energy Costs and Benefits for Society (RECABS). Copenhagen

Santa María, M, Von Der Fehr, N.; Millán, J.; Benavides, J.; Gracia O. y Schutt, E., (2009). El Mercado de Energía Eléctrica en Colombia: características, evolución e impacto sobre otros sectores, Cuadernos de Fedesarrollo No. 30, octubre. El estudio fue financiado por la Asociación de Generadores de Energía (Acolgen) y la ANDI.

Thurow, L. (1974). Cash versus in kind transfers. American economic review 64 (2): 190-95

Komives, K., V. Foster, J. Halperin y Q. Wodon (2006). Agua, electricidad y pobreza. Quién se beneficia de los subsidios a los servicios públicos. Banco Mundial.

Kaufman, A. M. y Rodríguez, M. E. (2001). La escuela y los textos. Argentina: Santillana.

En:<https://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/fundamentosinvestdocumental-odontosololeercomentarios-1.pdf>

Pereira, M. (2016). Hacia la construcción de un derecho energético ambiental como disciplina autónoma. Jurídicas CUC, 16(1), 181-208