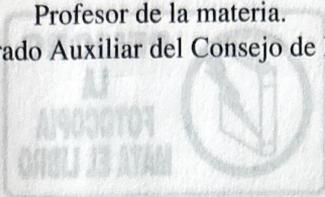


FABIÁN G. MARÍN CORTÉS

Profesor de la materia.  
Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado.



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MURIERA

El libro científico es un organismo que se pasa en un delicado equilibrio. Los elevados costos materiales (las horas de trabajo que requieren el autor, los traductores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

El libro científico no puede prosperar si se le niegan las ventas y por eso resulta conveniente que el autor, el traductor, el corrector, el ilustrador, el editor y el distribuidor estén de acuerdo en la posibilidad económica de la obra.

# LOS SERVICIOS SEMIPÚBLICOS DOMICILIARIOS

La función administrativa moderna, el entorno de los derechos fundamentales, el papel de los operadores modernos y el régimen jurídico *sui generis* aplicable a los servicios públicos domiciliarios

1	1	1
2	2	2
3	3	3
4	4	4
5	5	5
6	6	6
7	7	7
8	8	8
9	9	9
10	10	10

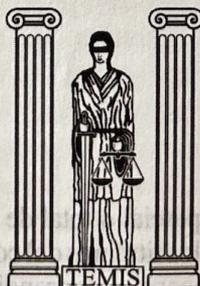


**BIBLORED**  
Red Capital de Bibliotecas Públicas

© Fabián G. Marín Cortés, 2010.  
© Editorial Temis S. A., 2010.  
Calle 17. núm. 68D-46, Bogotá.  
www.editorialtemis.com  
correo elec. editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.  
Impreso en Editorial Norma S. A.  
Carrera 39B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-978-35-0788-2  
2468 201000050400



EDITORIAL TEMIS S. A.  
Bogotá - Colombia  
2010

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, sin la autorización escrita de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, por medio de cualquier procedimiento, electrónico o mecánico, para la explotación y el tratamiento de datos.  
Esta edición y sus características están registradas en la Oficina de Registro de Valores de Editorial Temis S. A.

Ahora es necesario determinar normativamente cuál es el “consumo básico” en cada servicio público domiciliario, pues es obvio que cada uno tiene una unidad de medida especial y diferente. Así, por ejemplo, el consumo básico en energía es uno, en acueducto otro, y así sucesivamente. Más adelante, cuando se trate del consumo de subsistencia, se hablará de estos aspectos.

### B) *Desarrollo legal de los subsidios*

El tratamiento constitucional de los subsidios exige, como se acaba de ver, un desarrollo legal necesario y obvio, de manera que se defina, como ya se indicó, su alcance y los conceptos que den vida para las personas de menores ingresos. De eso se ocupan, entre otras, las leyes 142 y 143 de 1994 y 632 de 2000, de modo que avanzaremos en este apartado comentando su alcance.

a) *Autoridades competentes para otorgar subsidios.* Como se analizó en el numeral anterior, la Constitución autorizó, en forma potestativa, no obligatoria, a la nación, los departamentos, los municipios y a las demás entidades descentralizadas (art. 368) a otorgar subsidios, con cargo a sus presupuestos, a los usuarios de menores ingresos. Lo que se debe considerar ahora es la manera como esa posibilidad constitucional se desarrolló legalmente.

La ley 142 se ocupó del tema en el artículo 89.8, e impuso, en nuestro criterio, la obligación, a cargo de la nación y de las entidades territoriales, de subsidiar los servicios públicos domiciliarios. Dispone esta norma:

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

La parte final de esta norma asegura, incluso, un porcentaje mínimo que deben subsidiar la nación y las entidades territoriales, que en ningún sería inferior al 50 por ciento del valor de los subsidios. Esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, que la declaró exequible en los apartes que se han subrayado<sup>20</sup>. Expresó la Corte que una ley que obligue a las entidades territo-

<sup>20</sup> Razonó la Corte Constitucional de la siguiente manera: “A este aspecto debe contraerse el análisis de la Corte. Se pregunta la Corporación si desconoce el ámbito legítimo de la autonomía territorial, la disposición legal que, en punto a la financiación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, resuelve dejar librada a la libre decisión de las entidades territoriales la aportación de recursos presupuestales, pero en el evento de que lo hagan obliga a que el

riales a disponer de recursos para subsidios no contradice la autonomía de dichas entidades, y que, incluso, establecer un porcentaje mínimo de aporte para tal fin se ajusta a la Carta Constitucional, teniendo en cuenta que solo así se realiza, auténticamente, la garantía de la prestación de los servicios a todos los usuarios, sobre todo a los más pobres.

monto del aporte de la nación o de aquellas no podrá ser inferior al 50% del total de los subsidios destinados al pago de las tarifas de los servicios públicos de las personas de menores ingresos.

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

"La concesión de subsidios autorizada en el artículo 368 de la C. P., no puede llevarse a cabo si no se arbitran los recursos para tal efecto por parte de la nación y demás entidades públicas. Determinar las fuentes de recursos para pagar dichos subsidios, tiene relación directa con la financiación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Dado que tanto la nación como las restantes entidades, tienen en la Constitución el carácter de eventuales concedentes de subsidios, la ley podía determinar sus responsabilidades en el tema específico de la financiación de las aludidas ayudas.

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

Pero el artículo 89.8 fue modificado por el artículo 7° de la ley 632 de 2000, que establece:

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

El texto de esta norma es idéntico en su primera parte al anterior, pero desapareció la segunda parte del numeral, es decir, la que se refería al porcentaje mínimo del 50 por ciento de los aportes de las entidades estatales para los subsidios. Esto exige considerar si hoy existe la obligación, a cargo de la nación y de las entidades territoriales de financiar los subsidios.

Es incuestionable que el propósito de la ley 632 fue derogar la obligación de financiar los subsidios, al menos en el monto del 50 por ciento, de manera que desapareció esa fuente de recursos. Sin embargo, en nuestro criterio, la norma vigente mantiene la obligación de subsidiar la diferencia o el faltante para asegurar los subsidios de los estratos 1, 2 y 3. Esta posición se ratifica por el hecho de que sobre la parte inicial del artículo vigente sigue recayendo la sentencia de exequibilidad de la Corte, además de que expresamente la norma dispone que el faltante de recursos necesarios para cubrir los subsidios, será cubierto con los recursos de las entidades estatales allí mencionadas.

De este modo, la diferencia entre la norma parcialmente derogada y la vigente radica en que aquella contemplaba un porcentaje mínimo de recursos que debían destinarse para los subsidios —50%—, a cargo de las entidades estatales, al paso que la norma actual establece que la diferencia necesaria para cubrir los subsidios la deben asumir las entidades estatales, pero no establece ningún porcentaje.

No obstante, no cabe duda de que la obligación de subsidiar es categórica; pues la norma dispone que *la diferencia* entre los recursos del fondo de solidaridad y el monto de los subsidios *será cubierta* por las entidades estatales allí mencionadas. Entonces, no es admisible pensar que es potestativo de cada entidad subsidiar el consumo.

No obstante, la norma vigente si bien impone la obligación de otorgar subsidios en forma integral, no exige a una entidad cubrir una suma mínima. Esta circunstancia les facilita que eludan y diluyan su responsabilidad, imputándosela a otra.

1. *Los municipios tienen obligación de otorgar subsidios.* Pese a que según el comentario anterior los municipios y las demás entidades tienen el deber de subsidiar el consumo del servicio, se debe analizar ahora si la ley también garantiza, de manera especial y exclusiva, a los usuarios y a las empresas de servicios

públicos domiciliarios, el otorgamiento de subsidios por los municipios, o si es la potestad de cada entidad territorial concederlos. En primer lugar, recuérdese que acerca de los municipios estableció la ley 142 de 1994 (art. 5°):

“*Competencia de los municipios en cuanto a la prestación de los servicios públicos.* Es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos: [...]”

”5.3. Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 60/93 [*sic*] y la presente ley”.

Como se aprecia, esta norma no establece una obligación categórica para los municipios de conceder subsidios con cargo a sus presupuestos, lo cual, incluso, en caso de que lo hiciera, sería constitucionalmente posible, opinión que tiene respaldo en la sentencia de la Corte Constitucional C-520 de 1994, que se pronunció sobre algunos artículos de la ley 60 de 1993, que preveían un reparto o forma de inversión mínima de los recursos de los municipios, provenientes de los ingresos corrientes de la nación. Señaló en esa ocasión la Corte Constitucional que no vulneraba la Constitución el hecho de que la ley definiera para los municipios las áreas prioritarias de inversión social, teniendo en cuenta que Colombia es, ante todo, una república unitaria<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Expresó la Corte que “[...] la definición [por parte de la ley] de las áreas prioritarias de inversión social implica necesariamente la fijación o determinación del porcentaje mínimo de participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación para financiar con dichos recursos las actividades destinadas a la educación, salud, saneamiento básico y agua potable.

”De ahí que el legislador a través de la ley 60 de 1993 señaló las reglas de asignación de la participación para sectores sociales a fin de atender las actividades indicadas en el artículo 21, *ibidem*, consignando los porcentajes respectivos y fijando un veinte por ciento (20%) de libre inversión conforme a los sectores indicados en la misma.

”Esa distribución no se aparta del texto constitucional pues además de la consideración ampliamente expuesta en esta providencia según la cual la autonomía de las entidades territoriales se encuentra limitada por la Constitución y la ley, debe tenerse en cuenta que conforme lo señala el artículo 151 de la Carta, es al Congreso de la república a quien le corresponde a través de las leyes orgánicas dictar las disposiciones relativas a la asignación de competencias normativas con respecto a las entidades territoriales, y «establecer la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales» — artículo 288 C. P. — para los efectos de la definición de las áreas prioritarias de inversión social y de la determinación del porcentaje mínimo de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, entendiéndose que no se trata de una fijación del porcentaje global, sino del que corresponde a cada una de las áreas prioritarias de inversión social.

”Lo anterior está en consonancia, igualmente, con el artículo 357 superior, según el cual «los recursos provenientes de esta participación serán distribuidos por la ley», de conformidad con los criterios consignados en el mismo precepto constitucional.

Según esto, del artículo citado —no así del art. 7° de la ley 632, ya analizado—, se desprende que ni los usuarios ni las empresas pueden exigir a los municipios —como regla general, y en principio a la luz de las leyes existentes— la inclusión de los subsidios en sus presupuestos, pues el artículo 5° citado mantiene la libertad para hacerlo, caso en el cual en dichos municipios los usuarios tendrían que pagar el valor de la tarifa en forma plena, salvo que otra entidad conceda los subsidios, como lo hace el usuario del estrato 4.

Sin embargo, obsérvese que este artículo remite a la ley 60 de 1993, para presupuestar los subsidios. Dicha norma fue derogada por la ley 715 de 2001, “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (acto legislativo 1 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”. De manera que a ella ha de dirigirse el análisis, para entender adecuadamente la referencia que se hace.

Sin embargo, en la ley 715 no se hace referencia especial al tema, aunque los artículos 76 y 78 se refieren tangencialmente a él, en los siguientes términos:

“*Competencias del municipio en otros sectores.* Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del sistema general de participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

”76.1. *Servicios públicos*

”Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos”.

Esta norma nada dispone sobre los subsidios, pero deja una sensación extraña pues autoriza a los municipios a invertir, en forma directa, en los servicios públicos domiciliarios, cuando la ley 142 de 1994 tiene establecido (art. 6°) que los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las convenien-

---

”De esta manera, la definición de los porcentajes fijos de inversión en los sectores sociales prioritarios de que trata la ley 60 de 1993 en el artículo demandado: educación, salud, agua potable y saneamiento básico y cultura, deporte y recreación, tiene como fundamento básico la necesidad de asegurar el logro de los objetivos sociales consagrados en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo.

”Ello supone que dentro del criterio de unidad nacional, existen algunas áreas prioritarias en las cuales se deben señalar directrices por el legislador, a iniciativa del gobierno nacional, para el efectivo cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado de servir a la comunidad y promover la prosperidad general (artículo 2° C. P.)”.

cias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los casos allí establecidos, es decir, que se vuelve un prestador de segunda instancia o subsidiario.

La norma transcrita parece que derogó el artículo 6° de la ley 142, lo cual amerita un análisis más detallado de la cuestión —no solo de vigencia de la norma sino también de constitucionalidad de la ley 715—, porque el inciso 2° del artículo 367<sup>22</sup> de la Constitución es reacio al autorizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a los municipios.

En todo caso, al amparo del artículo 76.1 de la ley 715 cualquier municipio podría argumentar que adquirió competencia para prestar los servicios públicos domiciliarios y, por tanto, no se aplicarían los artículos 5° y 6° de la ley 142 de 1994. No obstante, no es del caso hacer este análisis en esta ocasión, para no desviarnos del tema central de estudio.

De otro lado, la ley 1176 de 2007 —que modificó la ley 715 de 2001— dispone:

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

”a) Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente;

”b) Pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley;

”c) Preinversión en diseños, estudios e interventorías para proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico;

”d) Formulación, implantación y acciones de fortalecimiento de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en las zonas urbana y rural;

<sup>22</sup> Dispone este artículo: “La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

”*Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen*, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

”La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas” (cursivas fuera de texto).

"e) Construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo;

"f) Programas de macro y micromedicación;

"g) Programas de reducción de agua no contabilizada;

"h) Adquisición de los equipos requeridos para la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico;

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

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

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

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

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

Siendo consecuentes con lo expresado hasta ahora, esta disposición es exequible, porque la ley obliga a otorgar subsidios con los recursos de los municipios, lo cual se ajusta a las sentencias C-520 de 1994 y C-566 de 1995, que soportan la exequibilidad de la norma. Sin embargo, téngase en cuenta que esta ley abre la posibilidad para que los recursos de la participación de propósito general se destinen para subsidios de los usuarios de los demás servicios públicos domiciliarios; luego, los usuarios y las empresas pueden presionar para que, con cargo a ellos, se destinen partidas presupuestales con tal finalidad.

2. *¿Tienen los departamentos obligación de otorgar subsidios?* Ni la ley 142 de 1994 ni la ley 715 de 2001 o la ley 1176 establecen una obligación más

concreta y precisa, a cargo de los departamentos o de las entidades descentralizadas por servicios de dicho nivel —distinta a la comentada sobre el artículo 89.8 de la ley 142, modificado por el artículo 7° de la ley 632—, para que apropien recursos con destino a los subsidios de los servicios públicos domiciliarios, de manera que el tema queda librado a la discusión acerca de la manera como se pueda obligar a estas entidades a aplicar el artículo 89.8 de la ley 142.

3. *¿Tiene la nación obligación de otorgar subsidios?* Como sucede en el caso anterior, la ley 715 no estableció una obligación expresa y semejante para la nación. No obstante, además del artículo 89.8 de la ley 142, el artículo 67.4 dispuso:

*“Funciones de los ministerios en relación con los servicios públicos.* El Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones: [...]

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

Esta norma prevé un deber de subsidiar, que se suma a lo previsto en el artículo 89.8, de manera que la nación está bastante comprometida con este deber. Además, tratándose del servicio de energía eléctrica, existen dos normas especiales, que es importante comentar, contempladas en la ley 143 de 1994, que confirman esta obligación. Prescribe, en primer lugar, el artículo 3°, literal g):

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

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

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

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

Esta norma se complementa y armoniza con el artículo 47, que dispone:

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

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

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

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

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

”Autorízase al gobierno nacional para que en concordancia con lo estatuido en la ley de servicios públicos domiciliarios establezca el mecanismo especial a través del cual se definirán los factores y se manejarán y asignarán los recursos provenientes de los aportes.

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

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

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

En nuestro criterio en materia de energía estas dos normas contienen una obligación clara, a cargo de la nación de subsidiar los estratos 1, 2 y 3, porque constituyen auténticos mandatos y no meras potestades de acción a cargo de la nación. En efecto, el artículo 3° establece que la nación debe presupuestar, anualmente, los recursos para pagar los subsidios, y el artículo 47 insiste en ello cuando afirma que el Ministerio de Hacienda debe incluir las apropiaciones correspondientes en el presupuesto anual. Esta redacción no sugiere una simple

posibilidad a cargo de la nación, sino que, por el contrario, expresa una vinculación plena a esta obligación. Sostener lo contrario implicaría entender que estos dos artículos no impartieron una orden a las autoridades nacionales de presupuestar los recursos para los subsidios, lo que carece de sentido.

También se desprende, por exclusión, que los otros servicios públicos domiciliarios —diferentes de la energía eléctrica—, no tienen de una garantía como esta para cubrir los subsidios con cargo a los recursos de la nación —excepto el de los analizados arts. 89.8 y 67.4 de la ley 142—. De manera que los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 de la energía y las empresas operadoras tienen un buen soporte normativo para exigir el pago de los topes porcentuales establecidos por la ley 142 de 1994.

Igualmente, se deduce que la nación es una entidad que subsidia la energía en forma residual, es decir, a falta de que otras entidades lo hagan, o incluso que sean suficientes las contribuciones de los estratos 5 y 6 y de los usuarios industriales y comerciales y los no regulados. Esta conclusión se desprende del inciso 2° del artículo 47 de la ley 143 de 1994.

No obstante, se han producido cambios importantes en esta materia, de los cuales da cuenta la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 19 abril 2007, exp. AP-788, C. P. Enrique Gil Botero, que hacemos propios: “Esta disposición, que asignaba a la nación la obligación, exclusiva, de asumir el faltante de recursos en el servicio de energía, fue recientemente modificada por la ley 1117 de 2006, la cual dispuso, en el inciso final, sobre los servicios de energía y gas, que:

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

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

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