

# Prácticas de tarifas y redistribución de ingresos: Algunas apreciaciones jurídicas sobre la contribución y los subsidios

JAVIER RAMÍREZ GÓMEZ

## INTRODUCCIÓN

El esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia parte de un supuesto socioeconómico irrefutable, en el país existe un gran sector de la población que no está en capacidad de sufragar los costos plenos que demanda disfrutar de unos servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía básica y gas en condiciones de eficiencia y continuidad.

Esta situación era reconocida desde antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 142 de 1994, de hecho las empresas prestadoras cobraban un sobre precio a los usuarios industriales y comerciales y de estratos 5 y 6 el cual generaba no pocas controversias desde el punto de vista jurídico porque no existía claridad sobre la naturaleza de estos dineros (públicos o privados, impuesto o contribución parafiscal), tampoco sobre su destinación y principalmente, se discutía mucho la competencia de las empresas de servicios públicos para imponerlos, dado que en últimas, se trataba del cobro de un impuesto, si se atiende que en su definición no había mar-

gen de acuerdo con los usuarios a quienes se les cobraba, los cuales simplemente se allanaban a su pago.

La Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones" es un desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 367 de la Constitución Política pero ante todo es el principal instrumento del Estado para garantizar y alcanzar los cometidos trazados en el artículo 365 de la Carta Política. De esa forma, los subsidios hacen parte coherente de una orientación político-económica concreta del Estado en el sentido de asegurar la prestación eficiente de los servicios a todos los habitantes que lo conforman y que se ve reflejada de forma sistemática en todo el cuerpo normativo que compone la Ley 142 de 1994.

De allí, que hallamos querido centrar nuestro interés al elaborar el presente artículo; en primer lugar, en hacer una breve alusión al tratamiento legal que reciben los subsidios en la Ley 142 de 1994 haciendo una especial mención a los tipos de subsidios previstos en ella. En segundo lugar, nos hemos propuesto adelantar un estudio ju-

rídico de la exención de pago de la contribución prevista en el artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994; para luego, en tercer lugar, entrar a analizar el régimen especial de manejo de la contribución previsto en el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 para las empresas de acueducto y alcantarillado; para después de esto, en cuarto lugar, debatir la incidencia negativa que tiene el pago de la contribución por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios y; finalizar haciendo algunas reflexiones sobre el esquema actual de subsidios.

## I. LOS SUBSIDIOS EN LA LEY 142 DE 1994

### A. Instrumento de la intervención estatal para materializar los principios de solidaridad y redistribución de ingresos

Un examen minucioso y pormenorizado de la ley de servicios públicos domiciliarios nos lleva a la conclusión que el reconocimiento y pago de los subsidios no sólo por las clases económicas más pudientes sino también por el mismo Estado, es uno de los elementos estructurales sobre los cuales se edifica el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia; de hecho en la Ley 142 de 1994 encontramos todo un entramado de artículos estrechamente relacionados entre sí, referidos de manera directa o indirecta al tema de los subsidios, ellos son los artículos: 2.2., 3.7, 5.3, 11.3, 14.29, 27.1, 63.4, 67.4, 73.23, 79.6, 86.2, 87.9, 89, 97, 99, 100, 162.10.

El subsidio es definido en la ley como 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".

En definitiva, los subsidios son un instrumento de intervención económica del

Estado encaminado a suplir la insuficiente capacidad de pago de un numeroso sector de la población en relación con los servicios públicos domiciliarios, de allí, que, dentro de la reglas que se deben observar en la estructuración del régimen tarifario deba tenerse en cuenta, el sistema de subsidios que se otorgarán a las personas de menores ingresos para que puedan asumir el valor de las tarifas de los servicios públicos que les permitan cubrir sus necesidades básicas, según como nos lo indica el artículo 86.2.

El esquema de subsidios contenido en la Ley 142 de 1994 se entiendo como un desarrollo por parte del legislador del mandato contenido en el artículo 367 de la Constitución Política en el que se establece que el régimen tarifario estará regido por los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos. Es decir, las empresas tendrán que cobrar unas tarifas que reflejen los costos reales del servicio, estas tarifas además deberán ser suficientes, en el sentido que le permitan a la empresa no sólo recuperar los costos de producción del servicio sino también obtener un margen razonable de utilidad; del mismo modo deberán ser eficientes en la medida en que no les es dado a las empresas, sean éstas públicas, mixtas o privadas; vía tarifas, trasladarle a los usuarios las ineficiencias que ellas presenten en su esquema de prestación del servicio respectivo y finalmente, deberán consultar la capacidad de pago de los usuarios de tal forma que los que dispongan de una mejor condición económica contribuyan en el sostenimiento de la prestación del servicio de las personas de menores recursos.

En este sentido, la garantía para los prestadores del servicio del cobro de una tarifa que garantice su viabilidad financie-

ra se ve sopesada con el mandato constitucional de la solidaridad y redistribución de ingresos dirigido no solo a todos los usuarios sino también al Estado en cada uno de sus niveles territoriales. En efecto, si bien, por una parte, se le impone a los usuarios de los estratos 5 y 6 y a los usuarios industriales y comerciales el deber de contribuir al pago del servicio de los usuarios pertenecientes a los estratos 1, 2 y 3 también al Estado le asiste la responsabilidad de contribuir a financiar los servicios públicos, mediante el otorgamiento de los llamados subsidios implícitos de que trata el artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994 como de los subsidios presupuestales directos a que hacen alusión el artículo 5.3 y 89.8 de la misma ley.

Sin duda la obligación de contribuir con el pago de los subsidios que se le asigna a las personas de mayores recursos encuentra su sustento en el artículo 95.9 de la Constitución Política, de hecho así lo ha manifestado la Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas, la C-252 de 1997 y a su vez la obligación del Estado de conceder los subsidios especialmente radicada en el municipio, es un desarrollo del artículo 368 de la Carta Fundamental.

## B. Tipos de subsidios

De lo expuesto hasta ahora podemos inferir que existen tres clases perfectamente diferenciadas de subsidios: a. subsidios cruzados, b. subsidios implícitos, y c. subsidios presupuestales directos.

### 1. Subsidios cruzados

Esta clase de subsidios son el resultado de cruzar el valor de la contribución o factor

como lo denomina el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 que se le cobra a los usuarios de los estratos 5 y 6, industriales y comerciales con el valor del servicio que se le factura a los estratos 1, 2 y 3 quienes según lo dispone el artículo 99.6 pagan un 50% menos del costo medio de suministro si son de estrato 1, un 40% menos del costo medio de suministro si son de estrato 2 y un 15% menos del costo medio de suministro si son de estrato 3.

El manejo de esta clase de subsidios está sometido a unas reglas especiales contenidas principalmente en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994. Así, según lo dispone dicha norma, la contribución a cargo de los estratos 5 y 6, industriales y comerciales no podrá ser superior al 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Sin embargo, tratándose del servicio de energía este factor fue fijado en el 20% por el artículo 95 de la Ley 223 de 1995 y en materia del servicio de acueducto y alcantarillado la Ley 632 de 2000 parece haber eliminado el tope máximo del 20% antes aludido toda vez que en el artículo 2.º dispuso que las contribuciones se harían en la proporción suficiente para cubrir el valor de los subsidios. Esta disposición entraña serios reparos en cuanto a su constitucionalidad conforme lo expondremos más adelante con la debida profundidad.

El valor de la contribución o factor que pagan los estratos altos y los usuarios industriales y comerciales está destinado a cubrir el valor de los denominados consumos de subsistencia o consumos básicos porque de lo que se trata es que todas las personas utilicen racionalmente los servicios. Esta clase de subsidios es directamente recaudado por las empresas prestadoras para cubrir

los costos de prestación del servicio de los estratos 1, 2 y 3.

### 2. *Subsidios implícitos*

Se encuentran contemplados en el artículo 87.9 básicamente consisten en el aporte de bienes o derechos que las entidades públicas realizan a las empresas prestadoras de los servicios públicos bajo la estricta condición que su valor no se incluya en el cálculo de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios que pueden recibir subsidios. Pensemos, por ejemplo, en sector eléctrico en que la tarifa que se cobra a los usuarios es la sumatoria de las distintas actividades que conforman la cadena eléctrica de tal forma que el componente D (distribución) que se cobra en la tarifa se determina con base en el número de activos de distribución que las empresas reportan a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de esta forma, sí el Estado entrega una serie de bienes a la empresa distribuidora con el requisito que dichos bienes no se computen para el cálculo del factor D de la tarifa, en la práctica se le está concediendo a los usuarios un subsidio representado en el menor valor a pagar, claro está que la exclusión de estos activos opera exclusivamente frente al cálculo de la tarifa de los usuarios subsidiables según lo expresa el mismo 87.9.

### 3. *Subsidios presupuestales directos*

Esta clase de subsidios son otorgados directamente por los municipios a través de una partida especial en el presupuesto destinada a apoyar a las personas de los estratos 1, 2 y 3 en el pago de las facturas de los servicios públicos domiciliarios. No obstante, su consagración ostenta rango constitucional

toda vez que el artículo 368 de la Carta Política establece que la Nación, los departamentos, municipios, distritos y entidades descentralizadas podrán conceder subsidios con cargo a sus respectivos presupuestos.

## II. LA EXENCIÓN DE PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN

Como lo expusimos en la parte introductoria, nuestro ejercicio académico se halla encaminado a controvertir una cierta posición conceptual que ha hecho carrera entre la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) y la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), quienes acudiendo a una interpretación meramente gramatical del artículo 89.7 pregonan la aplicación de la exención de pago de la contribución a favor de los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud indistintamente de que cumplan o no con el requisito de carecer de ánimo de lucro, el cual sencillamente consideran no les resulta aplicable a tales entidades. En nuestra opinión, la línea conceptual sostenida tanto por la SSPD como por la CREG, entraña una franca contradicción de claros mandatos constitucionales y principios de interpretación contenidos en la propia Ley 142 de 1994, según lo explicaremos a continuación, pero antes nos parece importante tener presente que el artículo 89.7 textualmente establece lo siguiente:

Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta ley, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro, no seguirán pagando sobre el valor de sus consumos el factor o factores de que trata este artículo. Lo anterior se aplicará por solicitud de los interesados ante la respecti-

va entidad prestadora del servicio público. Sin excepción, siempre pagarán el valor del consumo facturado al costo del servicio.

### A. Naturaleza jurídica de la contribución

Los subsidios vistos desde la perspectiva de quien los sufraga reciben en la legislación de los servicios públicos el nombre de contribución o factor; sin importar la denominación que se les asigne conviene resaltar que durante mucho tiempo existió una interesante controversia en torno a su naturaleza jurídica la cual finalmente fue resuelta por la Corte Constitucional quien al examinar la constitucionalidad del artículo 5.º de la Ley 286 de 1996, en sentencia C-086 de 1998 determinó, que se trata de un impuesto.

La Corte arribó a dicha conclusión básicamente, al comprobar que su determinación no era el resultado de un consenso entre quien lo establece y quien sufraga su valor, en verdad se trata de una imposición del legislador quien en uso de su facultad prevista en el artículo 150.12 y de lo dispuesto en los artículos 95.9, 338 y 367 de la Constitución Política decidió gravar a un sector de la población que dadas sus condiciones económicas estaba en capacidad de soportar dicho gravamen.

La otra condición que lleva a la Corte Constitucional ha definir la contribución como un impuesto es obviamente la obligatoriedad de su pago, sumada a la circunstancia que quien la paga no recibe ninguna contraprestación a cambio; esto último permite diferenciar este concepto de una tasa o de una contribución parafiscal. Su pago, entonces, es obligatorio y sin beneficio directo para quien lo sufraga.

Como estamos frente a un impuesto conviene determinar cada uno de sus ele-

mentos así, siguiendo a la Corte Constitucional, encontramos que hay un sujeto pasivo: los usuarios de los estratos 5 y 6 y de los sectores industriales y comerciales; el hecho gravable sería la condición de usuario de los servicios públicos; la base gravable estaría conformada por el valor del consumo que debe sufragar el usuario; el monto del impuesto si bien no está determinado directamente por la ley si es determinable (hasta un 20% del valor del servicio prestado) y por último las empresas prestadoras del servicio obrarían como agentes retenedores.

Esta posición de la Corte Constitucional sobre la naturaleza jurídica de la contribución, es compartida por connotados tratadistas como HUGO PALACIOS MEJÍA, que sobre el particular nos enseña lo siguiente:

Ese impuesto, al que llamo "contribución de solidaridad" (puesto que se desprende de los deberes de solidaridad a los que alude el numeral 87.3 de la ley), es un tributo de destinación específica que pagan los contribuyentes de estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial [...]¹ (destacadas ajenas al original).

Los rasgos definatorios del impuesto nos indican que la característica principal que tuvo en cuenta el legislador al momento de definir los sujetos pasivos de la contribución consistió, en que el grupo especial de usuarios contribuyentes estuviera dotado de una especial capacidad económica; en efecto, la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1998 así lo reconoce, cuando textualmente dice: "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".

Por otra parte, es importante puntualizar que la Ley 142 de 1994, realmente lo que hizo al establecer el pago de la contribución fue legalizar y reglamentar un impuesto que de hecho ya existía, toda vez que, antes de la expedición de la Ley 142 de 1994 las empresas prestadoras aplicaban los llamados "subsidios tarifarios cruzados" figura mediante la cual se le cobraba a los usuarios de mayores ingresos y a los usuarios no regulados esto es, los grandes usuarios industriales y comerciales no sujetos al régimen tarifario, un sobreprecio por la prestación de los servicios con destino a cubrir el déficit que se generaba porque la tarifa cobrada a los usuarios de menores ingresos no reflejaba los costos reales del servicio.

Sobre la naturaleza jurídica de la contribución, solo nos resta expresar que su condición de tributo no admite mayores reparos y basta simplemente acogernos a la posición fijada por la Corte Constitucional en la antes citada sentencia C-086 de 1998, cuando sostuvo que:

*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 (destacadas ajenas al original).*

## **B. Los principios constitucionales de solidaridad y redistribución de ingresos**

El sector de los servicios públicos domiciliarios en nuestro país parte de un supuesto incontrovertible: un grueso número de la población que recibe estos servicios care-

ce de los medios económicos para sufragar los costos reales que entraña el disfrutar de los mismos. Entendidos los servicios públicos sólo como actividad económica, tendríamos que su disfrute estaría circunscrito a quienes pudieran sufragar los costos de su prestación y los demás sujetos quedarían excluidos.

Una conclusión semejante es abiertamente incompatible con nuestra estructura de Estado, definida como social de derecho; por tal motivo, nuestra Constitución Política consagra principios como los de solidaridad y redistribución de ingresos que son pilares fundamentales de la definición del régimen tarifario aplicable a los servicios públicos domiciliarios conforme nos lo indica el artículo 367 de la Carta Política.

La adopción de tales principios en el campo de los servicios públicos domiciliarios se materializa mediante el otorgamiento de subsidios que permitan a la población de bajos ingresos tener acceso a una cobertura real y eficiente de los mismos, se trata de darle cumplimiento a uno de los fines del estado social de derecho: asegurar la prestación de los servicios públicos que garantice el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 C. P.).

La solidaridad, como principio fundamental del Estado social de Derecho entraña la exigibilidad para todos los miembros de nuestro Estado del cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones, que en materia de servicios públicos domiciliarios se traducen por ejemplo, en la obligación de pago de la contribución por parte de los sujetos seleccionados por la ley para ello, (arts. 1.º 95.9 y 367 C. P.). En últimas, se trata de asumir una carga tributaria destinada a inversión social en apoyo de uno de los más

importantes cometidos estatales: mejorar la calidad de vida de los habitantes. La solidaridad le impone a los sujetos en capacidad de asumir una carga económica extra por la prestación de sus servicios públicos domiciliarios, el deber de hacerlo, en la medida en que dicha exigencia halla su justificación en la protección de importantes derechos fundamentales de la población de menores recursos, ligados inescindiblemente a una eficiente y continua prestación de servicios esenciales como los de acueducto y saneamiento básico (alcantarillado y aseo), conforme lo ha expresado la propia Corte Constitucional en reiterados fallos sobre la materia.

El principio constitucional de solidaridad se encamina a combatir la injusticia social que desafortunadamente caracteriza a nuestra sociedad y por ende, implica un deber de colaboración entre todos los miembros del Estado para el logro de tan importante cometido. Así las cosas, tratándose del sostenimiento de los servicios públicos, el pago de la contribución es un mecanismo por medio del cual los usuarios de los estratos residenciales 5 y 6 y los industriales y comerciales participan conjuntamente con el Estado, que otorga subsidios directos, en la materialización del objetivo estatal de rango constitucional de mejorar la calidad de vida de los colombianos.

En este mismo sentido, el principio de redistribución de ingresos, que se traduce sin duda en una manifestación directa del principio de solidaridad, lo que se propone es que exista un mejor reparto de los recursos que posee la sociedad en su conjunto para orientarlos en beneficio de quienes ostentan un menor nivel de ingresos. En materia tributaria, la redistribución de ingresos se aprecia en principios como el de

progresividad de los impuestos, a partir de la cual se grava en mayor medida por ejemplo, a quienes más posean o consuman.

Para el caso de los servicios públicos domiciliarios es patente, la obtención del efecto anterior, porque el pago de la contribución pretende que los usuarios de los estratos residenciales 5 y 6 y los industriales y comerciales asignen parte de sus recursos a financiar conjuntamente con el Estado el costo de garantizarle el acceso a los servicios a la población carente de recursos para sufragar su valor real.

### C. Pautas de interpretación de la Ley 142 de 1994

Para determinar correctamente los alcances de la exención consagrada en el artículo 89.7 es necesario atender de forma preferente los mandatos constitucionales, para definir su forma de aplicación más conveniente y su más adecuada manera de interpretación y en segundo lugar, la interpretación que se haga del artículo 89.7 deberá consultar los principios de interpretación fijados en la propia Ley 142 de 1994. Por lo tanto, para desentrañar la finalidad de esta disposición habrá que atenerse, más que al tenor de sus palabras, al contexto en el cual se aplica, en respeto de los fines y propósitos trazados por la Ley 142 de 1994 y más aún por la propia Constitución.

En este sentido, desde el punto de vista constitucional, la interpretación del artículo 89.7 debe hacerse de tal manera que se favorezcan los principios de solidaridad y redistribución de ingresos en pos de garantizar el cometido estatal de permitir el acceso a los servicios públicos domiciliarios a las personas de menores recursos y mejorarles su calidad de vida; de tal forma que,

una interpretación que haga extensiva la exención a todos los sujetos descritos en la norma sin considerar su intención de lucro o no, resulta contraria a los mandatos constitucionales, en la medida que da al traste con los principios de solidaridad y redistribución de ingresos y crea privilegios injustificados a favor de sujetos que ejercen una actividad económica lícita y lucrativa, como es la prestación de servicios médicos y hospitalarios, que les genera ganancias y por consiguiente, la capacidad financiera para asumir el pago de la contribución y participar de esta manera en el logro de la finalidad estatal de garantizar el acceso a los servicios públicos a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3.

Por otra parte, el contenido del artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994 también debe guardar correspondencia con los principios generales consagrados en la propia ley, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 142 de 1994, que textualmente nos señala lo siguiente:

*Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten (destacado ajeno al original).*

Por ende, el tenor literal del artículo 89.7 debe ser concordado con los principios generales que orientan la Ley 142 de 1994 procurando que la interpretación gramatical que se haga de la norma, realice los fines y objetivos que informan todo el cuerpo normativo de la ley.

Así las cosas, los alcances de la exención consagrada en el artículo 89.7 deberán ser definidos a partir de una interpretación sistemática de los principios generales conte-

nidos en la Ley 142 de 1994. Al llevar a cabo este ejercicio hermenéutico encontramos que el artículo 2 nos indica que hacen parte de los fines que persigue el Estado en la prestación de los servicios públicos, lo siguientes:

[...] 2.2. Ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios [...] 2.9. Establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

A renglón seguido, los artículos 3 y 11 que también forman parte de los principios generales de interpretación de la Ley 142 de 1994 nos indican que, el Estado intervendrá para garantizar el respeto del principio de neutralidad "a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios" (art. 3.9). E igualmente, que las empresas prestadoras en desarrollo de la función social de su propiedad deberán: "facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades".

El examen de los principios generales de interpretación de la Ley 142 de 1994 resulta especialmente revelador frente a la tarea de precisar adecuadamente los sujetos a quienes resulta aplicable la exención de pago de la contribución. Bajo este contexto, una interpretación en el sentido que los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud con ánimo de lucro son acreedores de la exención, basándose para sostener ello, que el artículo 89.7 no les fijó a tales sujetos ninguna condición para acceder a la exención, choca con el cometido estatal garantizar el funcionamiento de sistemas de pago que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios (art.2.2 Ley



142 de 1994); del mismo modo, contraría los preceptos equidad y solidaridad que orientan el régimen tarifario y por cuya guarda y defensa el Estado debe propender (art. 2.9 Ley 142 de 1994).

Por eso sorprende, que la línea conceptual que vienen manejando la SSPD y la CREG sostenga lo contrario porque al hacerlo están omitiendo la observancia a los principios constitucionales y legales que rigen la materia y abogando por una posición diversa y nociva para el normal desenvolvimiento del sector, especialmente perjudicial para los usuarios de estratos 1, 2 y 3. Porque, no olvidemos que entre más sean los sujetos exentos del pago de la contribución mayor será el déficit generado por la prestación del servicio a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, déficit que no puede ser legalmente asumido por las empresas prestadoras y por consiguiente, deberá ser cubierto mediante aumentos de las tarifas cobradas a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, en vista de la poca voluntad de los municipios de asignar subsidios presupuestales directos para cubrir dicho déficit.

Otro de los principios generales de interpretación de la Ley 142 de 1994 que se debe consultar para precisar adecuadamente los alcances del artículo 89.7, es aquel que promulga el respeto por el principio de neutralidad para evitar que en la prestación de los servicios tengan lugar prácticas discriminatorias (art. 3.9 Ley 142 d 1994); al respecto, la posición conceptual sostenida por la CREG y la SSPD, sugiere precisamente todo lo contrario, esto es, la distinción artificiosa de unos usuarios comerciales, toda vez que las clínicas, hospitales, puestos y centros de salud con ánimo de lucro son excluidos del pago de la contribución, bajo el argumento, que tal exigencia (el

ánimo de lucro) se predica sólo de los centros educativos y asistenciales conforme la interpretación meramente gramatical que de la estructura de la norma realizan tales entidades.

Dicha interpretación, además de ir en contra de los principios constitucionales y legales a que hemos hecho referencia anteriormente, establece un privilegio injustificado sobre una clase de sujetos (hospitales, clínicas, puestos y centros de salud) que en principio están llamados a asumir el pago de la contribución al igual que todos los sujetos que por la explotación de su actividad comercial tengan la capacidad económica para hacerlo, y sin embargo, injustamente, se ven eximidos del cumplimiento de dicha obligación, sin más argumento, que el simple tenor literal del artículo 89.7 que a juicio de la SSPD y la CREG da cabida a esa conclusión.

Adicionalmente, el análisis sistemático del artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994 debe estar igualmente conforme con lo preceptuado por la misma ley en los artículos 87.3 y 89.1 los cuales claramente establecen que la aplicación del régimen tarifario debe realizarse de tal forma que a los usuarios de los estratos 5 y 6 y los usuarios comerciales e industriales en atención a los principios de solidaridad y redistribución de ingresos “ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas” (art.87.3 Ley 142 de 1994). Este último argumento contribuye con el análisis realizado hasta el momento para demostrar que exonerar a las clínicas y hospitales privados del pago de la contribución es no solo ilegal sino abiertamente inconstitucional.

Incluso la integración sistemática del artículo 89.7 debe efectuarse con lo

preceptuado en el artículo 5.º de la Ley 286 de 1996 en el que se reafirma la obligación de los usuarios de estratos 5 y 6 y de los usuarios industriales y comerciales de pagar la contribución como herramienta para garantizar la viabilidad del esquema de prestación de los servicios adoptado en el país.

#### D. Deficiencias de la interpretación gramatical efectuada por la SSPD y la CREG

El concepto n.º 20011300000310<sup>2</sup> emitido por la SSPD, después de un documentado análisis del principio de solidaridad, se limita simplemente a acoger la posición que sobre el tema previamente había expuesto la Comisión de Regulación de Energía y Gas-CREG, en concepto n.º 1363 del 25 de julio de 1996.

En tal virtud, es absolutamente pertinente referirnos a los mencionados conceptos, para comenzar diciendo que contienen una interpretación descontextualizada de la norma, realizada sin consultar la estructura normativa y los principios que integran la ley de la cual hace parte. El ejercicio puramente gramatical que realiza la SSPD soportado en la opinión de la CREG, la conduce a defender la tesis abiertamente ilegal e inconstitucional según la cual, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud están exentos del pago de la contribución no importando que los mismos estén revestidos de un fin lucrativo.

Personalmente, disentimos respetuosamente de dicha posición y nos apartamos por completo de ella, porque, como quedó demostrado en los numerales anteriores, sostenerla, resulta imposible, después de auscultar el espíritu y sentido de los principios constitucionales de solidaridad y redistribución de ingresos vertidos en los

artículos 95.9 y 367 de la Carta Política y de desentrañar su alcance a partir de un análisis sistemático con las restantes disposiciones que integran la Ley 142 de 1994.

Por otra parte, la interpretación gramatical que efectúa la SSPD, lejos de conducirnos a un resultado inequívoco se presta a toda clase de polémicas y discusiones, porque, en verdad, no se puede afirmar con certeza que el sentido gramatical de la norma sea el que sostiene la SSPD, en efecto, en la cita textual que la SSPD hace del concepto de la CREG se puede leer lo siguiente:

c. Pregunta: El concepto sin ánimo de lucro, se entiende solamente para los centros asistenciales o a todas las entidades relacionadas en el artículo en colocación? (sic)

Respuesta: La expresión "sin animo de lucro" que contiene el numeral 7 del artículo 87, parece estar referido únicamente a los centros educativos y asistenciales" (destacado fuera de texto).

La utilización del vocablo *parece* por parte de la CREG, claramente nos indica que de la norma podría extraerse un sentido conforme lo predica la SSPD, más en ningún momento, entraña que ese sentido sea el único y mucho menos que sea el correcto. Lo cierto del caso es que, la interpretación armónica de ésta disposición con la Constitución y con el resto del articulado de la Ley 142 de 1994, es decir, más allá de su mero tenor literal, nos conduce, ahí sí, sin temor a equívocos, a la conclusión según la cual excluir a los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud sin importar si tienen ánimo de lucro o no, es ir en contra de los principios de solidaridad y redistribución de ingresos que informan todo el sector y al mismo tiempo es menoscabar la posibilidad

de acceso a los servicios públicos a que tienen derecho los usuarios más pobres, e igualmente representa crear un obstáculo adicional al cumplimiento del objetivo estatal de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Es una realidad incontrovertible que el grueso de la población colombiana carece de los recursos económicos para sufragar los costos que demanda tener servicios públicos domiciliarios en las condiciones de eficiencia, continuidad y seguridad que establece la Ley 142 de 1994 por tal motivo, el otorgamiento de subsidios directos por parte del Estado e indirectos a través del pago de la contribución son presupuestos indispensables para asegurar el sostenimiento del sector y la viabilidad de las empresas que prestan los servicios; es por esta razón, que la regla general es que el sector se erija sobre los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, como única vía de suplir su base socioeconómica deficitaria.

En consideración a lo anterior, y también en atención al carácter excepcional del artículo 89.7, se impone efectuar una interpretación restrictiva de esta norma, en aras de preservar el propósito general contributivo que las leyes 142 de 1994 y 286 de 1996 le asignan a los usuarios residenciales de estratos 5 y 6 y a los usuarios industriales y comerciales. El concepto de la SSPD que abiertamente favorece una interpretación extensiva del artículo 89.7 desconoce su carácter excepcional y al hacerlo, crea un privilegio injustificado sobre los sujetos indebidamente considerados exentos el cual viola el derecho de igualdad conforme lo expondremos a continuación.

#### **E. Violación al derecho de igualdad: privilegio injustificado a favor de los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud con ánimo de lucro**

La exclusión del pago de la contribución en favor de los hospitales, clínicas y puestos y centros de salud con ánimo de lucro crea un privilegio injustificado a favor de tales sujetos que por una parte, atenta contra el derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política y por otra parte, vulnera el principio de neutralidad de que trata el artículo 3.9 de la Ley 142 de 1994.

En relación con el derecho de igualdad es necesario traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional:

El principio de la igualdad se traduce en el derecho a que no se instauren excepciones o *privilegios* que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias, de donde se sigue necesariamente, que *la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada uno de los acaecimientos según las diferencias constitutivas de ellos*. El principio de la justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas esas que en justicia deben ser relevantes para el derecho (Sent. T-432 del 25 de junio de 1992) (el destacado es nuestro).

La doctrina constitucional autorizada nos enseña que los privilegios injustificados tienen lugar cuando las disposiciones legales, usualmente contrariando la características de generalidad y abstracción consagran beneficios o un trato preferente por determinados individuos o grupos sociales, cla-

ro está, sin que para ello exista una justificación razonable o una finalidad de equiparación de desigualdades materiales reales.

Se trata en definitiva de una transgresión abrupta del principio de igualdad formal ante la ley, según el cual todas las personas son iguales ante la ley y reciben el mismo trato de las autoridades.

En este caso, no consideramos que el artículo 89.7 per se, arrastre este vicio que transgrede el derecho de igualdad, sin embargo, la interpretación que promulga la SSPD, sí nos conduce hacia él, haciendo que la norma vista así, sea inconstitucional. La posición de la SSPD vertida en el concepto de marras crea un trato privilegiado a favor de los hospitales, clínicas y puestos y centros de salud con ánimo de lucro, sujetos todos estos que ejercen una actividad comercial lícita igual a la que ejercen todos los demás usuarios comerciales sobre quienes si se predica la obligación de pagar la contribución, sin que exista una razón válida que justifique tal diferenciación a favor de los primeros.

El privilegio injustificado que se genera a partir de la errada interpretación de la SSPD, resulta más evidente si revisamos lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 1998, en la cual se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 5.º de la Ley 286 de 1996, y al referirse a temas de los sujetos designados como obligados al pago de la contribución textualmente dijo:

[...] el señalamiento de un determinado grupo o sector de la población como sujeto pasivo de ésta (se refiere a la contribución), se hizo en razón de su capacidad económica, y no porque entre ellos exista un elemento aglutinador que los identifique, [...]" (destacado ajeno al original).

Así las cosas es claro que el elemento definitorio que tuvo en cuenta el legislador para decidir que sujetos debían pagar la contribución y quienes no, fue su capacidad económica, exclusivamente. Por tal motivo, no se entiende cómo puede pretenderse que hospitales, clínicas, puestos y centros de salud con ánimo de lucro que ostentan dicha capacidad de pago se vean eximidos de cumplir esta obligación bajo el argumento equívoco que la estructura gramatical del artículo 89.7 así lo dispuso; defender dicha tesis entraña crear un privilegio injustificado a favor de estos sujetos, en abierto detrimento de todos los demás sujetos contribuyentes, o acaso ¿cuál es el criterio diferenciador que aplica la SSPD para justificar, bajo las reglas del juicio de proporcionalidad, que un colegio y una clínica ambos con ánimo de lucro sean tratados en distinta forma?

### III. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA CONTRIBUCIÓN CONTENIDO EN LA LEY 632 DE 2000 PARA LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO

#### A. Introducción

La Ley 632 de 2000 al modificar algunos aspectos regulados en la Ley 142 de 1994, estableció unas reglas especiales para el manejo de los subsidios y contribuciones en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo; así, por una parte, fijó la fecha de 31 de diciembre de 2005 como plazo máximo para desmontar los subsidios extralegales y alcanzar las metas establecidas en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994 de 50%, 40% y 15% para los estratos 1, 2 y 3 respectivamente, para lo cual dispuso que el desmonte

de los subsidios debía realizarse en una proporción anual no inferior a la quinta parte del desmonte total necesario y por otra parte, abrió la posibilidad para que la contribución se pudiera ajustar al porcentaje necesario para asegurar que su monto sea suficiente para cubrir el valor de los subsidios y se mantenga el equilibrio entre ambos rubros y para el efecto encomendó al Gobierno Nacional la función de establecer la metodología para conseguir dicho equilibrio.

Esta particular previsión de manejo de la contribución contenida en el inciso final del artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 merece nuestro especial interés y análisis, dada sus manifiestas implicaciones en la tarifa final que deben pagar los usuarios contribuyentes y por los reparos legales y constitucionales que a nuestro juicio admite la norma, los cuales ponen en entredicho su validez y eficacia.

#### B. Estabilidad legal reforzada de las disposiciones de la Ley 142 de 1994

La Ley 632 de 2000 en su artículo 2.º varía dos artículos de la Ley 142 de 1994: el 99.6 cuyo contenido termina siendo adicionado y el 89.1 que es modificado con introducción de la especial regla de manejo de la contribución para los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo; sin embargo, al hacerlo no se observan las pautas establecidas en el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

En efecto, este último artículo de la Ley 142 de 1994 que regula lo concerniente a las concordancias y derogatorias textualmente, dispone lo siguiente:

[...] En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para

*efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria (destacado ajeno al original).*

Al no haber cumplido, el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 con este requisito de validez formal el primer reproche que recibe la norma es que resulta inaplicable por cuanto las disposiciones de la Ley 142 de 1994 gozan de una estabilidad reforzada a partir del específico procedimiento de reforma de sus disposiciones antes visto y que de manera evidente no fue surtido en este caso; al respecto conviene destacar que el Legislador sí tuvo en cuenta esta previsión al momento de entrar a modificar los artículos 14.24 y 89.8 de la Ley 142 de 1994 a través de sendos artículos de la Ley 632 de 2000 en los que de forma expresa se indicó las normas de la Ley 142 que estaban siendo modificadas.

En definitiva, este aparente error u omisión de técnica legislativa entraña que la validez de las reformas introducidas en la Ley 632 de 2000 en relación con los subsidios y contribuciones, se vean en entredicho por cuanto frente a las mismas podría argüirse la primacía de lo dispuesto sobre la materia en el artículo 186 de la Ley 142 de 1994.

#### C. Forma de interpretar la regla de manejo de la contribución del artículo 2.º de la Ley 632 de 2000

Una vez examinadas las deficiencias formales de la disposición *in examine* conviene referirnos a algunas dificultades de interpretación que la norma ofrece y que para una mejor ilustración y comprensión, las abor-

daremos a renglón seguido de su transcripción, dice la norma:

Para las entidades prestadoras de estos servicios, el factor a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 se ajustará al porcentaje necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, *de acuerdo con los límites establecidos en dicha ley, y se mantenga el equilibrio*. Las entidades prestadoras destinarán los recursos provenientes de la aplicación de este factor para subsidios a los usuarios atendidos por la entidad, dentro de su ámbito de operaciones. El Gobierno Nacional establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio" (destacado ajeno al original).

En nuestro concepto, es necesario dilucidar si la sujeción a los límites consagrados en la ley se predica respecto de los subsidios o de la contribución; si nos inclinamos por sostener lo segundo, hallaríamos una evidente contradicción entre los propósitos de la norma porque, de una parte, se contempla la posibilidad de ajustar la contribución en el porcentaje necesario para mantener el equilibrio frente a los subsidios concedidos a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 al tiempo que se establece que dicho ajuste se hará dentro de los límites de la ley, esto es, que no podrán exceder el máximo del 20% de que trata el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, el cual, la realidad misma de prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en el país se ha encargado de demostrar que es insuficiente para alcanzar el equilibrio que el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 persigue lograr entre subsidios y contribuciones. Por ende, este no parecería ser el sentido de la disposición porque daría al traste con su fin primordial y

adicionalmente, promover un ajuste de la contribución pero hasta el máximo del 20% en verdad, no implica cambio alguno respecto a lo previsto en la Ley 142 de 1994.

Mucho más acertado nos parece entender la norma en el sentido que los límites establecidos en la ley se predicen sobre los subsidios, de hecho, una interpretación armónica del artículo 2.º de la Ley 632 de 2000, nos revela que en su inciso segundo expresamente se consagra que superado el período de transición que se extiende hasta el 2005 no se podrán superar los factores máximos de subsidios fijados en la ley; luego, sí se está abriendo la opción para que la contribución se ajuste hasta el porcentaje necesario para que no haya déficit lo más equitativo es que los subsidios al menos se hallen ajustados a su máximo legal en razón a lo cual sostenemos que el límite de que trata el inciso final del artículo 2.º se refiere por entero al monto de los subsidios que se concedan a los usuarios de estratos 1, 2 y 3.

#### **D. Inconstitucionalidad del artículo 2.º de la Ley 632 de 2000**

Particularmente, sostenemos una posición según la cual el inciso final del artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 es inconstitucional porque se transgrede la justicia tributaria, la proporcionalidad y razonabilidad de las normas tributarias, la precisión de los tributos en tanto que viola los artículos 13, 95.9, 334, 338 363, 366 y 368 de la Constitución Política.

El desequilibrio que se presenta entre subsidios y contribuciones difiere de manera ostensible entre unos municipios y otros, de tal forma que los usuarios de estratos 5 y 6, industriales y comerciales ubicados en

municipios con un mayor déficit, serán obligados a asumir una carga tributaria más onerosa que la que afrontarían otros usuarios de su misma capacidad económica pero situados en municipios o distritos en los que la diferencia entre subsidios y contribuciones sea menor. Se deja a un lado el tope máximo del 20% que los usuarios deben asumir actualmente conforme se dispone en el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 y como el ajuste se hará en el porcentaje necesario para equilibrar la balanza entre los dos conceptos (subsidios y contribuciones) es evidente que se suscitarán desigualdades injustificadas entre el grupo de usuarios contribuyentes de un municipio u otro, violando el derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

La norma entraña una contradicción a lo dispuesto por la Constitución Política en el artículo 95.9 en la medida en que el deber de los colombianos de contribuir con los gastos e inversiones del Estado está enmarcado dentro de los conceptos de justicia y equidad; pero, en el presente caso toda la carga del sostenimiento del servicio se traslada a los usuarios más pudientes relevando por completo al Estado de sus obligaciones constitucionales consignadas en los artículos 365 y 366 de la Constitución. De esta forma, la facultad de incrementar la contribución hasta el monto necesario para asegurar el equilibrio con los subsidios concedidos a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, radicada de forma exclusiva en los usuarios residenciales de estratos 5 y 6, industriales y comerciales; resulta a todas luces excesiva y desproporcionada, afecta de forma desmedida la capacidad de pago de tales usuarios e implica una absolución al Estado con respecto a su obligación de intervenir en el sostenimiento económico del

servicio, en su justa proporción, como una forma efectiva de cumplir con su objetivo fundamental de solucionar las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366 C. P.). Así mismo implica un desconocimiento al deber que tiene el Estado de intervenir en los servicios públicos racionalizando la economía con el fin de mejorar la calidad de vida de los habitantes según lo dispuesto en el artículo 334 de la Carta Política en la medida en que trasladar toda la carga de cubrir el déficit de subsidios y contribuciones a un solo grupo de usuarios es poco racional y desproporcionado con lo cual al final se está poniendo en peligro la viabilidad financiera de las empresas y del sector, porque los sujetos contribuyentes que en realidad son pocos, llegará un momento que no podrán sufragar los costos de la contribución, que podrían llegar a ser incluso mucho más altos que el propio consumo de esos usuarios.

Sobre los conceptos de justicia tributaria, proporcionalidad y razonabilidad de los tributos la Corte Constitucional, en sentencia C-252 de 1997 mediante la cual se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 86 numeral 4, 87 numeral 3, 89 numeral 1, 99 numerales 6 y 7, 101, 102, 103, 104 de la Ley 142 de 1994, expuso lo siguiente:

Entre los deberes de toda persona y ciudadano se destaca el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. La medida de la contribución, por vía general, la señala la ley. No obstante, si la misma excede la capacidad económica de la persona, esto es, si ella supera de manera manifiesta sus recursos actuales o potenciales con cargo a los cuales pueda efectivamente contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, la norma tributaria estaría

consolidando un sistema tributario injusto. *De las normas constitucionales se deriva la regla de justicia tributaria consistente en que la carga tributaria debe consultar la capacidad económica de los sujetos gravados. [...]*

*La proporcionalidad y la razonabilidad de las normas tributarias, tienen que proyectarse sobre los distintos elementos del tributo, de suerte que el sistema fiscal resultante desde el punto de vista de la justicia y la equidad pueda reclamar el atributo de legitimidad sustancial.* La tributación es de suyo la fuente de los deberes tributarios y éstos no pueden superar el umbral de lo que en un momento dado resulta objetivamente razonable exigir de un miembro de la comunidad. En este sentido sería indudablemente expoliatorio el sistema tributario que expandiera su base de recaudo hasta comprender los recursos que las personas emplean para satisfacer sus necesidades mínimas vitales. (destacado ajeno al original).

En nuestra opinión, el cobro de la contribución en la forma planteada en el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 no consulta la capacidad económica de los usuarios contribuyentes, toda vez que en la definición de su cuantía prima el factor de equilibrio con respecto a los subsidios otorgados a los usuarios de los estratos bajos y obviamente para llegar a ese equilibrio los contribuyentes pueden verse compelidos a sufragar unos valores por contribución sumamente gravosos, por ejemplo, del 100 o 200% del valor del servicio. Una exigencia en tal sentido es irrazonable y supera, al menos para nosotros, los deberes tributarios que objetivamente está obligado a cumplir cualquier ciudadano colombiano; especialmente, porque la carga excesiva que se le impone a los usuarios de estratos 5 y 6, industriales y comerciales conlleva el total y absoluto desentendimiento económico del Estado en relación con el sostenimiento del servicio.

La contribución para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo establecida en la Ley 632 de 2000 carece de la legitimidad sustancial propia de toda norma tributaria en la medida en que no está enmarcada en los conceptos de justicia, equidad y seguridad como bien nos los indica la Corte Constitucional en la antes citada sentencia C-252 de 1997. De esta manera se aprecia una abierta contradicción con el mandato contenido en el artículo 363 de la Constitución Política, toda vez que como se encuentra regulado el tema en la Ley 632 de 2000 el monto de la contribución variará según el mayor o menor número de usuarios subsidiables que atienda cada empresa en proporción directa con la cantidad de usuarios contribuyentes que tengan registrados; con lo cual, se rompe el principio de equidad tributaria, en la medida en que no se consulta la capacidad contributiva de cada contribuyente, que nos enseña que a igual capacidad económica igual tratamiento fiscal y a desigual capacidad económica desigual tratamiento fiscal; pero, en este caso, tenemos que usuarios de la misma categoría y capacidad económica pagarán montos diferentes según el nivel del déficit entre subsidios y contribuciones que maneje cada empresa prestadora.

La contribución establecida en el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 es abiertamente inconstitucional por violación al artículo 338 de la Constitución Política por dos razones: La primera, consiste en que no se define la base gravable y monto del impuesto dado que el tope del 20% fijado en la Ley 142 de 1994 desaparece. La Corte Constitucional en sentencia 086 de 1998 cuando resolvió la constitucionalidad de la contribución resaltó que si bien el monto no estaba determinado directamente si era



determinable, pues en la Ley 142 de 1994 se estableció que no podía ser superior al 20% del valor del servicio; siguiendo esa línea argumentativa tendríamos que el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 al no fijar una base cierta, genera un manto de incertidumbre y de imprecisión para los usuarios contribuyentes que no tienen manera de conocer que monto del impuesto deben pagar. La segunda afrenta al artículo 338 de la Constitución se presenta porque se confiere al Gobierno Nacional facultades que son de competencia exclusiva del legislador, en tanto que dispone que el primero "establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio"; sin embargo, la determinación de los elementos esenciales del tributo corresponde de forma privativa al legislador, dentro de los cuales obviamente se encuentran la base gravable y monto del tributo que no pueden ser fijados mediante un acto administrativo y conforme a la Ley 632 de 2000 la base gravable ya no es el consumo de los usuarios y el monto de la contribución es indeterminado, se habla del porcentaje necesario para asegurar que las contribuciones sean suficientes para cubrir los subsidios que se apliquen, por ende, es evidente que tales aspectos le compete única y exclusivamente al legislador definirlos. Sobre este aspecto la Corte Constitucional en sentencia C-252 de 1997 expresó lo siguiente:

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 (art. 338 C. P.) ni sobre el criterio concreto de solidaridad y redistribución de ingresos que debe reflejarse, junto con los costos, en el respectivo régimen tarifario (art. 367 C.

P.). *Se trata de extremos definitivamente librados a la libre configuración normativa del legislador, sujeta desde luego al respeto de los principios materiales de justicia y equidad, en atención a la connotación fiscal de la tarifa y al componente de carga tributaria —que excede el concepto de pago del precio de un servicio— que se expresa en el factor adicional que se cobra a los usuarios de los estratos altos (destacado ajeno al original).*

Finalmente, sobre la imposibilidad jurídica que existe para que sea el Gobierno Nacional quien fije la base gravable y monto de la contribución que deben pagar los usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado, conviene hacer referencia a lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Social, que dijo:

Dicha Corporación consideró que "solamente el legislador tiene la facultad para establecer gravámenes. Pero esa función no puede cumplirla por medio de preceptos carentes de la necesaria precisión, ya que a los ciudadanos se garantiza que únicamente deberán responder por tributos cuando se les señale por la ley como sujetos pasivos de ellos, con la determinación, también legal, clara y específica de los hechos, actos o circunstancias que dan lugar al impuesto y con indicación del momento en el cual principiará a cobrarse. *En esta forma, no queda en manos del Gobierno ni de funcionarios subalternos la decisión acerca de tales factores ni la posibilidad de extender, más allá de lo previsto por la ley, la cobertura material y subjetiva de la tributación*" (destacado ajeno al original). (Consejo de Estado, rad. 604, 26 de mayo de 1994, C. P.: HUMBERTO MORA OSEJO).

Todas las consideraciones anteriores, nos llevan a sostener que el artículo 2.º de la Ley 632 de 2000 es abiertamente inconstitucional.

#### IV. LA CONTRIBUCIÓN VISTA COMO UN FACTOR DE INCIDENCIA NEGATIVA EN LA TARIFA FINAL DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO

La eficiente y continua prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en numerosos municipios del país requiere un indispensable soporte técnico en el servicio de energía a partir del cual se hace posible adelantar el bombeo e impulsión del agua potable y de las aguas residuales. En ciudades costeras como por ejemplo, Barranquilla las condiciones topográficas y del suelo impiden adelantar el bombeo mediante el sistema natural de gravedad; en efecto, la única forma en que se podría bombear por gravedad sería mediante la construcción de tanques elevados en diferentes puntos de la ciudad para así aprovechar las ventajas que ofrece este sistema.

La situación actual del servicio basada en plantas eléctricas de bombeo ocasiona que dentro de los costos operativos de las empresas prestadoras de acueducto y alcantarillado el consumo de energía represente un rubro significativo que finalmente es trasladado al usuario en la tarifa. En este punto, queremos resaltar la incidencia económica negativa que tiene el pago de la contribución derivada del consumo de energía. Un rápido repaso histórico nos será de utilidad para evidenciar que han existido desarrollos normativos que han pretendido manejar de forma favorable a los prestadores de acueducto y alcantarillado el tema del pago de la contribución mediante exenciones parciales o totales. Sin embargo, personalmente consideramos que este tema se encuentra resuelto en la Ley 142 de 1994 en la que a nuestro juicio se está excluyendo del pago de la contribución a las

empresas de servicio públicos conforme lo explicaremos más adelante.

#### A. Antecedentes normativos

El primer antecedente normativo sobre el cual haremos alusión es la Resolución CREG 012 de 1993, "por la cual se modifica el sistema tarifario para las empresas privadas y mixtas que prestan el servicio de acueducto", en cuyo artículo primero se dispuso lo siguiente:

Las empresas distribuidoras de energía eléctrica aplicarán la misma clasificación tarifaria definida para los acueductos oficiales a las empresas privadas y mixtas que presten el servicio público domiciliario de acueducto.

En este sentido, al crear una equivalencia con los acueductos oficiales, en la práctica lo que se estaba confiriendo era un especial trato a los acueductos privados y mixtos, según el cual no tendrían que asumir los costos de la contribución.

Posteriormente el Decreto 3087 de 1997 reglamentario de las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1986, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible por red física, contempló en el parágrafo segundo del artículo sexto lo siguiente:

Del total del gas combustible y de energía eléctrica que consuman las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, el porcentaje que requieran y necesiten para poder desarrollar su objeto social, específicamente las actividades inherentes a

la propia prestación del servicio público a su cargo, no estará sujeto al pago de contribución de solidaridad. En consecuencia, deberán solicitar y facilitar las condiciones necesarias a la empresa que preste el respectivo servicio público para separar los consumos y que al facturarles se distingan aquellos consumos destinados a la prestación del servicio público de los demás.

Sin embargo, la norma anterior fue derogada por el Decreto 847 de 2001, que se ocupó de reglamentar las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física. El Decreto 847 de 2001, no contiene ninguna clase de exenciones con relación al pago de la contribución causada a partir de los consumos de energía o gas en que incurran las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en desarrollo de su objeto social a partir de donde se ha entendido que las mismas se encuentran actualmente gravadas.

#### **B. La Ley 142 de 1994 no está gravando con el pago de la contribución a las empresas de servicios públicos domiciliarios**

Particularmente, sostenemos una tesis en contrario, basados en que la definición de los sujetos pasivos de la contribución contenida en el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 no cubre a las empresas de servicios públicos domiciliarios. Pasamos a explicar mejor nuestra posición: El artículo 89.1 menciona como sujetos contribuyentes por una parte a los usuarios residenciales de estratos 5 y 6 y por otra parte a los usuarios

comerciales e industriales, así las cosas, las empresas de servicios públicos domiciliarios no quedaron incluidas en esa clasificación, dado que es obvio que no son usuarios residenciales e igualmente tampoco son usuarios industriales o comerciales para efectos tributarios.

En apoyo de esta última afirmación consideramos oportuno mencionar que la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia de LUIS CAMILO OSORIO ISAZA, sostuvo que:

*Es importante advertir antes de entrar al análisis de fondo que el contexto de la primera pregunta contiene una premisa, según la cual, el consultante considera que habría diferencia para efecto de impuestos, si la entidad prestadora de servicios públicos desarrolla en forma exclusiva actividades "diversas de las industriales y comerciales, esto es, que sólo se dedica a la prestación de servicios". Pero resulta que bajo el actual régimen de la Ley 142 de 1994, los servicios públicos domiciliarios, lo son, por virtud de la ley, es decir en este estatuto se determinan las actividades que hacen parte de esta categoría de servicios y a cuáles otros también se les aplica el mismo régimen (art. 1.º ibídem), luego sería irrelevante señalar las operaciones o el género de actividad cumplido, cuando se trate de determinar el régimen tributario por el que se pregunta. (destacado ajeno al original). (Consejo de Estado, rad.775, 4 de marzo de 1996, C. P.: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA).*

Al respecto, resulta imprescindible ubicar el tema de la contribución en la órbita del derecho tributario; lo anterior, toda vez que, a partir de la sentencia C-086 de 1998 se definió claramente que su naturaleza jurídica era la de un impuesto. Bajo este contexto, por ejemplo, se tiene perfectamente delineado que las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivos del impuesto de Industria y Comercio, no

porque cumplan actividades comerciales o industriales sino por desarrollar actividades de servicios las cuales también son gravadas por el citado impuesto. En consecuencia, frente al tema del pago de la contribución debería seguirse el mismo enfoque tributario para concluir que las empresas de servicios públicos domiciliarios no despliegan actividades ni industriales ni comerciales sino, como bien lo anota la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por definición de la misma Ley 142 de 1994, desarrollan actividades de servicios, por ende resulta evidente que dentro de los sujetos pasivos de la contribución previstos en la ley no fueron incluidas las empresas de servicios públicos domiciliarios.

En últimas, lo que queremos evidenciar es que en materia tributaria, y el cobro de la contribución de solidaridad, es un tema de índole tributario, por tratarse de un impuesto, la legislación distingue claramente las actividades comerciales e industriales de las que consisten en la prestación de un servicio; luego resulta evidente que en la definición de los sujetos pasivos de la contribución contenida en el artículo 89.1 no se contempló a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Nuestra posición tiene una repercusión económica de enorme trascendencia, por ejemplo, para los acueductos que dependen del bombeo eléctrico en la medida en que descargarían de sus costos operativos lo que vienen pagando por contribución derivada de sus consumos de energía, logrando de esta forma mayores eficiencias en sus tarifas en directo beneficio del usuario final.

## V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN DE SUBSIDIOS

La Ley 142 de 1994 claramente propugna por la eficiencia de las empresas, que en materia de tarifas implica que estas, sean suficientes y eficientes. Por consiguiente, las empresas no deben asumir la carga económica que implica servir a un amplio sector de la población con una reducida capacidad de pago. En la realidad este objetivo no se cumple porque han fallado varios supuestos fundamentales del régimen tarifario concretamente en lo relacionado con el artículo 86.2 esto es, con el tema de los subsidios.

### A. Falta de fuerza vinculante del artículo 368 de la Constitución Política

Particularmente, consideramos que el desbalance se produce desde la propia Constitución Política, por cuanto en ella (art. 368) se ha debido establecer el otorgamiento de los subsidios no como una facultad o potestad de la Nación, los departamentos, distritos, municipios y entidades descentralizadas sino como una obligación expresa y directa que permitiera exigir del Estado a través de cada una de sus entidades territoriales un mayor grado de compromiso con este tema.

Probablemente, algunos argumentarán que la Constitución no podría hacer tal cosa porque estamos en última frente a un derecho prestación sujeto a la disponibilidad o no de recursos por parte de la entidad territorial. No obstante, disiento de quienes así puedan pensar porque establecer el otorgamiento de los subsidios como una obligación de las entidades mencionadas en el artículo 368 de la Carta Política, es primero que todo reconocer la realidad socioeconómica del país, en la que la mayoría de los

municipios sólo tienen estratos 1, 2 y 3 y por su parte en las ciudades grandes al menos un 60% de la población pertenece a esos mismos estratos, es decir, las empresas prestadoras tendrán que enfrentarse a una realidad ineludible, la gran mayoría de los usuarios carece de los recursos para sufragar el costo total o real de la tarifa. Pero, por encima de lo anterior considero que la Constitución debió haber fijado los subsidios como una obligación para las entidades territoriales simplemente porque de esta forma se daba un tratamiento armónico y coherente a la materia. En efecto, mi posición encuentra sustento en lo dispuesto por una parte en el artículo 365 de la Constitución que textualmente dice:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del estado garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Y por otra parte, en el contenido del artículo 366 de la Carta Política, nos indica que:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental, y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Uno de los principales escollos que deben enfrentar las empresas prestadoras es el déficit que genera la prestación del servicio a

usuarios que no están en capacidad de asumir los costos reales de los mismos y es justamente, en este aspecto en donde más se manifiesta el desinterés de las entidades territoriales, quienes francamente no se sienten en la obligación de conceder subsidios, así lo demuestra la cantidad de fondos de solidaridad y distribución de ingresos que existen en la actualidad, que ciertamente son muy pocos. ¿Cómo puede entonces ser una necesidad del Estado procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la población sino hay un compromiso real de sus entidades por cubrirlas?

En verdad, el otorgamiento de los subsidios ha de ser una obligación de las entidades territoriales, solo así se logrará un desarrollo coherente y sistemático de los artículos del capítulo 5 del título XIII de la Constitución Política; en tal virtud es necesario que al menos dichas entidades asuman la obligación de tener en sus presupuestos una partida fija destinada a este concepto cuya cuantía la determinará cada una de ellas en atención al estado de sus finanzas.

Se trata de crear conciencia entre las entidades del Estado, que la eficiente y continua prestación de los servicios en nuestro país, sólo es posible en la medida en que ellas contribuyan económicamente a su sostenimiento. Este tema debe dejar de ser visto como un problema de las empresas para pasar a ser tomado como una parte fundamental del rol que debe cumplir el Estado definido desde la propia Constitución.

## **B. La estratificación como base para la asignación de los subsidios**

Por otra parte, el sistema de subsidios actualmente sustentado para su determina-

ción u otorgamiento sobre la base de las estratificación que de forma obligatoria deben llevar a cabo los municipios según lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley 142 de 1994, comienza a presentar importantes fisuras.

No me refiero al problema de la categorización en si de los usuarios que como sabemos ha sido avalado por la propia Corte Constitucional mediante sentencia C-252 de 1997, en la que dicha Corporación concluyó que la estratificación no sólo surge como una herramienta de eficiencia tributaria para la fijación del gravamen (contribución o factor según la terminología de la Ley 142 de 1994) sino también como un criterio ciertamente objetivo que permite inferir en la mayoría de los casos, el nivel de riqueza o capacidad económica de los usuarios en razón de las características físicas de los inmuebles que habitan.

A lo que hago alusión es a que la realidad socioeconómica del país ha comenzado a mostrarnos un signo alarmante: Cada vez son menos los usuarios de los estratos 5 y 6, en tanto que los usuarios de los estratos subsidiables son cada vez mayores. En verdad, los servicios públicos se han convertido en factor muchas veces determinante para la compra de vivienda; las personas cada vez menos están dispuestas a sufragar los costos que implica el subsidio cruzado implementado por el sector de los servicios públicos domiciliarios por lo que de manera deliberada eligen vivir en estratos que les eviten ese pago.

De este modo, podemos afirmar que en un número cada día más creciente los usuarios de los estratos altos están asumiendo una carga a favor de personas que probablemente disponen de una capacidad de pago muy similar a la de ellos, pensemos en una

familia de padre y madre profesionales, ambos con trabajo que viven en estrato 3 ¿Será cierto que requieren el subsidio para sufragar los costos de sus servicios públicos domiciliarios? Muy seguramente la respuesta será negativa a pesar de lo cual más personas como ellos se han convertido en receptores de dichos subsidios.

Adicionalmente, si se hiciera un análisis de los consumos complementarios o suntuarios a los que la normatividad permite que le sea aplicado el factor de sobre precio o contribución con casi absoluta seguridad se encontraría, que estos rangos de consumo presentan una curva abiertamente decreciente. Los consumos de todos los estratos tienen una marcada tendencia a la baja, lo cual empieza a generar una descompensación en las estructuras tarifarias de las empresas que eventualmente podría estar poniendo en riesgo por ejemplo, los programas de reposición de redes o las ampliaciones de cobertura.

La misma Corte Constitucional en la sentencia C-252 de 1997 antes citada tuvo a bien el contemplar que:

Empero, el instrumento legal de la estratificación podría ser declarado inconstitucional, si se probare que es irrazonable o desproporcionado por estar edificado sobre supuesto falso en relación con la capacidad económica de los usuarios que han de soportar parcialmente la carga de subsidiar, con su mayor pago, a los consumidores de mayores ingresos.

A nuestro juicio la realidad socioeconómica del país nos indica que el estrato 6 agrupa a personas que tienen una capacidad de pago sustancialmente distinta, por lo que sería apropiado implementar al menos dos nuevos estratos 7 y 8, a los que se fijaría una

base contributiva del 30 y 40% respectivamente del valor de sus consumos. Para efectos de clasificar esos usuarios podría tomarse como base la información del impuesto predial y definir que quienes posean inmuebles residenciales por valor de 200 millones de pesos son estrato 7 y quienes tengan propiedades de 300 millones de pesos en adelante son estrato 8. La anterior propuesta es solo un intento por buscar otras alternativas al régimen actual de subsidios que merece una amplia discusión.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS ALBERTO. *Servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Edit. Diké, 2003.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. 26 de mayo de 1994, rad. 604, C. P.: HUMBERTO MORA OSEJO.
- CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servi-

cio Civil. 4 de marzo de 1996, rad. 775, C. P.: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11 de abril de 2002, rad. 1409, C. P.: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 5 de mayo de 2001, rad. 9783, C. P.: GERMÁN AYALA MANTILLA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-432 de 1992, C-566 de 1995, C-252 de 1997 y C-086 de 1998.

Decretos 3087 de 1997 y 847 de 2001.

Leyes 142 de 1994, 223 de 1995, 632 de 2000 y 286 de 1996.

PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

Resoluciones CREG 012 de 1993.

1 HUGO PALACIOS MEJIA. *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

2 Concepto publicado en *Actualidad jurídica*, t. IV, 2001, SSPD, p. 229.

