

Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

I. SOLIDARIDAD Y COHESIÓN SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Un cambio constitucional sin precedentes tuvo lugar en 1991 con la transformación del modelo de Estado de Derecho –propio del Estado liberal burgués decimonónico– en el Estado Social de Derecho: su fase más avanzada de evolución¹ (art. 1.º C. P.). Cláusula fundada en el respeto de la dignidad humana², inspirada en la superación de la antinomia Estado versus Sociedad³, proyectada en el mandato dinámico de igualdad material que exige un trato a favor (discriminación positiva)⁴ y construida desde la solidaridad como valor superior fundante de todo nuestro ordenamiento jurídico; solidaridad⁵ que, en su acepción moderna de “deber”⁶, a la par define los caracteres esenciales de nuestra constitución inscritos en su parte dogmática y da sentido a toda su parte orgánica.

En tal virtud, el principio constitucional de la solidaridad, indisoluble al Estado social de derecho⁷, encuentra su proyección normativa en la Constitución económica⁸ particularmente en el capítulo v del título XII.

En efecto, el artículo 367 de la C. P. al deferir al legislador la financiación de los servicios públicos domiciliarios y la fijación del régimen tarifario, señala que éste debe tener en cuenta el criterio de solidaridad; a su vez, el artículo 368 *eiusdem* autoriza a la nación, los departamentos, los distritos, los municipios y a las entidades descentralizadas para conceder subsidios “en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”; al tiempo que de conformidad con el artículo 366 *ibidem* el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación a efectos de solucionar las necesidades básicas insatisfechas de la población en saneamiento ambiental y agua potable, entre otros; amén del artículo 365 constitucional que – con claridad meridiana– pone de relieve que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y eleva a rango constitucional el denominado “servicio universal” cuando dispone que “Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, en perfecta congruencia con el artículo 2.º superior que establece los fines del Estado.

Estas disposiciones conjuntamente tomadas, brindan suficiente claridad sobre el rol decisivo de la solidaridad como pilar de nuestro esquema constitucional: fundamento de la carta de derechos y deberes y clave para la lectura del modelo organizativo estatal⁹.

II. SOLIDARIDAD TARIFARIA COMO EXPRESIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Nuestra jurisprudencia¹⁰ tiene claro desde su primera providencia en materia tarifaria –proferida aún en vigencia del Decreto 3069 de 1968, por el cual se creó la Junta Nacional de Tarifas– que el modelo constitucional de prestación de los servicios públicos domiciliarios abandonó el concepto de servicios públicos gratuitos, al prever que el régimen tarifario debe tener en cuenta el criterio de costos (art. 367 C. P.).

Este esquema plantea un dilema jurídico-político: ¿cómo ampliar la cobertura en un país con serios problemas de distribución del ingreso y, por lo mismo, con una mermada capacidad de pago de gran parte de los usuarios?, la respuesta constitucional es doble. En primer lugar, el artículo 366 señala el camino presupuestal, esto es, a través de “gasto público social”, el cual como ya se advirtió tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. En segundo lugar, el artículo 368 autoriza la concesión de subsidios en orden a que los usuarios de estratos bajos puedan pagar el servicio¹¹. Estado y sociedad dejan de ser, así, dos sistemas autónomos, y por ello la solidaridad encuentra un reflejo incontestable en los dos preceptos constitucionales citados, como expresión del “principio de justicia social distributiva”¹².

De allí que una de las maneras como el Estado cumple su deber constitucional de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos (art. 365 C. P.), sea mediante la concesión parcial de subsidios como típica discriminación positiva “que se endereza a beneficiar a las personas de menores recursos”¹³. Subsecuentemente, el artículo 368 superior se erige en pieza fundamental del Estado social de derecho, como instrumento de materialización del valor superior de la solidaridad y concreción del principio de dignidad humana sobre el que se funda nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto refiere al régimen tarifario, el criterio de solidaridad previsto en el artículo 368 de la C. P.¹⁴ fue ampliamente desarrollado –desde el punto de vista legal– por la Ley 142 de 1994, bien a través del factor aplicado a los usuarios de estratos altos e industriales y comerciales, ora mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos, teniendo como referente la estratificación socioeconómica¹⁵, indicador que también se constituye en expresión de la solidaridad. Uno y otro mecanismos son manifestación de los deberes de solidaridad y tienen, por ende, el propósito de contribuir a la financiación de las tarifas de los usuarios más pobres. Así, al señalar los criterios que orientan el régimen tarifario el artículo 87.3 de la Ley 142 dispuso que:

por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a “fondos de solidaridad y redistribución”, para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas¹⁶.

Es importante advertir que la Corte Constitucional ha entendido que los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” son una excepción autorizada por el artículo 368 de la C. P. a la categórica prohibición de auxilios contenida en el artículo 355 *eiusdem*¹⁷.

Por manera que los aportes directos de las entidades territoriales vía presupuesto y el factor adicional expresado en una facturación mayor vinculado al estrato socioeconómico del usuario, comportan una clara expresión del principio de solidaridad. Se trata, pues, de dos fórmulas complementarias que ideó el legislador para lograr, de manera equitativa, lo que podría denominarse una “solidaridad tarifaria”¹⁸.

Sin embargo, la inmensa mayoría de entidades territoriales están en mora de constituir los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” (inc. 2.º art. 89 Ley 142, arts. 78 Ley 715 de 2001 y 4.º Dcto. 565 de 1996¹⁹) y por ello los subsidios sólo han visto en la práctica una fuente: los usuarios de estratos altos e industriales y comerciales²⁰ por intermedio de la “contribución de solidaridad”. Esta omisión de los municipios en su aporte ha puesto en peligro la viabilidad del modelo constitucional y legal de prestación de los servicios públicos, pues ha hecho soportar el esquema sólo sobre los aportes tributarios de determinados estratos mediante el cobro de un sobreprecio o recargo en la tarifa del servicio, cuyo recaudo corresponde a los prestadores vía factura (art. 89 Ley 142)²¹. No está demás recordar que desde la exposición de motivos al proyecto de Ley 197 Senado, a la postre la Ley 142, se tenía por sentado que:

... El régimen tarifario incluye elementos de solidaridad y redistribución de ingresos, que se manifiestan, principalmente, en... el de-

ber de las autoridades de destinar recursos presupuestales a subsidiar los consumos básicos de las personas de menores recursos [...] Tales contribuciones (de solidaridad), por definición, no implicarán mayores sacrificios a los usuarios, puesto que representan solo la conversión en tributo lo que algunos ya pagan por exceso del costo de los servicios que reciben. *Esta contribución, además, debe desaparecer gradualmente, en un período de seis años, mientras la Nación y las entidades territoriales encuentran formas de financiar los subsidios que tengan impactos menos nocivos sobre la asignación eficiente de los recursos en la economía colombiana*²² (destacado fuera de texto original).

La verdad es que esa falta de “voluntad política” de las autoridades locales para cumplir con el mandato legal de constituir y poner en funcionamiento los FSRI ha precipitado, en parte, la expedición de sucesivas reformas legales con el propósito de posponer la implantación definitiva del nuevo modelo tarifario y de subsidios previsto en la Ley 142²³.

Conviene observar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al ocuparse del tema, estimó que:

El artículo 89 de la Ley 142 de 1994, radica en cabeza de los concejos municipales –y, por supuesto distritales–, la competencia y obligación legal de crear los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”, con la precisa finalidad de que por su intermedio se canalicen los recursos del presupuesto del municipio –o distrito– que se destinen a subsidiar a los usuarios de menores ingresos y a ellos se transfieran, también, los excedentes de las contribuciones cobradas a los usuarios de estratos altos, según el servicio de que se trate, conforme lo establecido en el artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994. Los recursos de dichos fondos, por expresa previsión le-

gal, serán destinados a conceder subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 en el municipio respectivo, en los términos y condiciones establecidos por el legislador²⁴ (el resaltado es nuestro).

No debe sorprender, entonces, que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios haya recordado a las autoridades locales el cumplimiento de este deber legal²⁵ y que se avecine una avalancha de acciones de constitucionales, especialmente de cumplimiento, tendientes a forzar a las autoridades seccionales a cumplir con esa obligación legal²⁶. Baste citar, a manera de ejemplo, el siguiente pronunciamiento que tiene un carácter "premonitorio"²⁷:

En consecuencia se advierte que la conformación del FSRI constituye una obligación pendiente de ser cumplida por la autoridad accionada para lo cual debe adelantar las gestiones necesarias ante el Concejo Municipal tendientes a concretar la organización de dicho Fondo, tal como lo sostiene la accionada en el escrito de contestación de la demanda. Sobre este punto no se proferirá ninguna orden por parte de esta Corporación toda vez que no fue objeto de la acción de cumplimiento interpuesta por el accionante.

Además advierte esta Sala que si la constitución de los FSRI ha sido señalada como un deber de las autoridades municipales y distritales más aún constituye una obligación la implementación de todas las medidas necesarias para que dichos Fondos cumplan los objetivos para los cuales fueron previstos por el Legislador²⁸.

CONCLUSIÓN: EL RÉGIMEN TARIFARIO DEBE CONSULTAR EL CRITERIO DE SOLIDARIDAD

El numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley

142 establecía originalmente que "los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario". Sin embargo, recientemente la Corte Constitucional expulsó del ordenamiento este segmento normativo que sin soporte constitucional relegaba a un segundo plano el criterio de solidaridad, pues a su juicio:

La expresión "tendrán prioridad" tiene un significado jurídico en la medida en que establece la prevalencia de unos criterios sobre otros. En efecto, cuando dos o más criterios de contenido jurídico entran en conflicto en un caso concreto, éste puede ser resuelto de diversas maneras por el legislador. Una de ellas es buscar la armonización de los criterios enfrentados y otra consistente en darle prioridad a un criterio sobre otro, por ejemplo. En la norma acusada, el legislador optó por conferirle prioridad a los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera sobre los demás, es decir, sobre los criterios de neutralidad, solidaridad, redistribución, simplicidad y transparencia.

Por ello, una interpretación jurídica de la primera fase de la norma que se juzga, podría conllevar a la idea de que en caso de contradicción entre los principios de eficiencia y suficiencia financiera con el de solidaridad, éste último podría sacrificarse en aras de asegurar la efectividad de los otros dos, lo cual pugna con el artículo 367 de la Constitución que expresamente consagra que la solidaridad será uno de los criterios constitutivos del régimen tarifario de los servicios públicos, sin subordinarlo a ningún otro criterio²⁹.

Finalmente, es importante destacar que la sentencia en cita al estudiar el procedimiento para la adopción y modificación de las fórmulas tarifarias reivindicó la participa-

ción efectiva de los usuarios³⁰, al condicionar la exequibilidad del numeral 124.2 de los artículos 124 y 127 de la Ley 142 con base en lo dispuesto por el artículo 78 constitucional, conforme al cual el Estado debe garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen, siempre y cuando dichas organizaciones sean representativas y observen procedimientos democráticos internos, para lo cual es preciso que las Comisiones de Regulación brinden de manera oportuna toda la información prevista por la ley dentro del procedimiento administrativo de adopción o modificación de la fórmula tarifaria. Necesaria participación de los interesados en la elaboración de la norma, que de alguna manera han venido propiciando los entes reguladores de servicios públicos al poner en discusión los borradores de actos administrativos en sus sitios web y en el diario oficial, como un eco de la publicidad de proyectos de regulación que exigía el artículo 60 del Decreto 1122 de 1999³¹, que de esta suerte incorporaba a nuestro derecho la exigencia de conocer y valorar la opinión de los sectores afectados antes de la expedición de las eventuales normas administrativas, prevista en la Ley Española de Procedimiento administrativo del 17 de julio de 1958 (arts. 129 y ss.) y que estamos en mora de positivizar de nuevo³².

BIBLIOGRAFÍA

- ARACÓN REYES, MANUEL. "Constitución y modelo económico", en AA. VV. *Seminario Internacional sobre Derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- ARCHILA PEÑALOSA, EMILIO JOSÉ. "Editorial", revista *Contexto* n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, abril de 2002.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR et ál. "Lección Cuarta: La constitución económica", en *Principios de derecho público económico*, Granada, Fundación Estudios de Regulación, 1999.
- BASSOLS COMA, MARTÍN. "Constitución y sistema económico", *Temas Clave de la Constitución Española*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988.
- BREWER-CARÍAS, ALAN. "Reflexiones sobre la constitución económica", en *Estudios sobre la Constitución española*, t. V, Madrid, Civitas, 1991.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Gaceta del Congreso* y [www.secretariassenado.gov.co].
- CONSEJO DE ESTADO. Jurisprudencia en [www.ramajudicial.gov.co].
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Servicios públicos domiciliarios: perspectivas*, Bogotá, julio de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia en [www.ramajudicial.gov.co].
- DE JUAN ASEÑO, OSCAR. *La constitución económica española*, Madrid, CEPC, 1984.
- DE LUCAS, JAVIER. *El concepto de solidaridad*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política n.º 29, México, Edit. Fontamara, 1993.
- GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995.
- HOMMES RODRÍGUEZ, RUDOLF et ál. Ministro de Hacienda y Crédito Público. "Exposición de motivos al Proyecto de ley 197 Senado", *Gaceta del Congreso*, año I, n.º 162, 17 de noviembre de 1992.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *La economía en el derecho constitucional colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Edit. Derecho Vigente, 1999.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. *El derecho de los servicios públicos domiciliarios*. Editorial Derecho Vigente. Bogotá. 1999.
- RIVERO, JEAN. "El administrado frente al derecho administrativo", en *Páginas de Derecho Administrativo libro homenaje*, LIBARDO RODRÍGUEZ R. (dir.-coord.), Bogotá, Edit. Temis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002.

- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*, 2.^a ed., Madrid, CEPC, 1997.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, HUGO PACHECO, GUILLERMO OBREGÓN y YEZID ALVARADO. "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", revista *Contexto* n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, abril de 2002.
- VELILLA, MARCO. "Reflexiones sobre la Constitución económica colombiana", en AA. VV. *Constitución económica colombiana*, 2.^a ed., Bogotá, Bibliotheca Millennium, El Navegante Editores, 1997.
- 1 Sobre las dificultades de identificación de la cláusula Estado social de derecho, cfr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, HUGO PACHECO, GUILLERMO OBREGÓN y YEZID ALVARADO. "Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios", revista *Contexto* n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, abril de 2002, pp. 22 a 37.
 - 2 "El artículo primero de la Constitución, al definir al Estado colombiano como social de derecho, dispuso que nuestro régimen político está fundado en "el respeto de la dignidad humana"; ello significa –y así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional– que la dignidad del hombre irradia toda la Carta, al constituirse en "el valor supremo en toda constitución democrática", puesto que se trata a la vez del fundamento del poder político y de un concepto límite al ejercicio del mismo (art. 5.º C. P.), al tiempo que legitima todo el catálogo de derechos fundamentales, como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y razón de ser del mismo. A este respecto PECES-BARBA resalta que "la raíz de los derechos fundamentales está en la dignidad humana, que se puede explicar racionalmente como la expresión de las condiciones antropológicas y culturales del hombre que le diferencian de los demás seres" en otras palabras, ser digno significa "que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 2004, rad. 50422-23-31-000-940345-01, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, actor: FABIÁN ALBERTO MADRID CARMONA y otros, ref.: 15.208.
 - 3 "El Estado social [...] parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado [...] ha de ser regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas". MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995, pp. 22 y 23.
 - 4 FRANCISCO RUBIO LLORENTE. *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*, 2.^a ed., Madrid, CEPC, 1997, pp. 605 y ss.
 - 5 "El término "solidaridad" como ha recordado recientemente J. M. PONTIER ("De la solidarité nationale", *Revue de Droit Public*, n.º 4, 1983, pp. 900-928) pertenece a la categoría de aquellas nociones de filosofía política que se prestan a las más diversas discusiones sobre si su genealogía pertenece a las corrientes doctrinales de la derecha o de la izquierda. Sin ánimo de reconstruir dicha genealogía, deben recordarse las clarificadoras precisiones contenidas en la obra de Ch. GIDE. *La solidarité* (College de France, 1927-1928), París, PUF, 1932, p. 32: el término 'solidaridad' fue introducido en la lengua francesa en 1804 por los redactores del Código Civil napoleónico para referirse a las obligaciones jurídicas solidarias, vocablo que implica la adaptación del término jurídico romano *In solidum* que los jurisconsultos del antiguo régimen habían traducido por *solidité*. El término 'solidaridad' adquiere carta de naturaleza en el lenguaje político en 1838 de la mano del socialista francés P. LEROUX, cuyas obras están prácticamente olvidadas, al hacer referencia que es necesario "sustituir la caridad del cristianismo por la solidaridad humana". Con posterioridad el líder del partido radical-socialista francés, L. BOURGEOIS, elabora un auténtico programa o movimiento político en torno a esta idea, principalmente a través de su obra *Essai d'une philosophie de la solidarité*, París, 1907. Para una visión de las dimensiones actuales de la solidaridad en el pensamiento político contemporáneo: F. CHATÉLET y E. PISSIER-KOUCHNER. *Les*

- conceptions politiques du xx siècle, París, PUF, 1981, pp. 127-139". MARTÍN BASSOLS COMA. "Constitución económica y sistema económico", *Temas clave de la Constitución española*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1988, pp. 96 y 97.
- 6 Cfr. JAVIER DE LUCAS. *El concepto de solidaridad*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política n.º 29, México, Edit. Fontamara, 1993.
 - 7 Ídem.
 - 8 Sobre el régimen económico en la Constitución cfr. MARCO VELILLA. "Reflexiones sobre la Constitución económica colombiana", en AA. VV. *Constitución económica colombiana*, 2.ª ed., Bogotá, Bibliotheca Millennium, El Navegante Editores, 1997, pp. 85 y ss.; HUGO PALACIOS MEJÍA. *La economía en el derecho constitucional colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Edit. Derecho Vigente, 1999; MANUEL ARAGÓN REYES. "Constitución y modelo económico", en AA. VV. *Símbolo Internacional sobre Derecho del Estado, Homenaje a Carlos Restrepo Piedrabita*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 377 y ss.; ALAN BREWER-CARÍAS. "Reflexiones sobre la constitución económica", en *Estudios sobre la Constitución española*, t. V, Madrid, Civitas, 1991, pp. 3840 a 3854; OSCAR DE JUAN ASEÑO. *La constitución económica española*, Madrid, CEP, 1984; MARTÍN BASSOLS COMA. "Constitución y sistema económico", *Temas clave de la Constitución española*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1988 y GASPAR ARIÑO ORTIZ et ál. "Lección cuarta: La Constitución económica", *Principios de derecho público económico*, Granada, Fundación Estudios de Regulación, 1999.
 - 9 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-533 de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 - 10 Es necesario "mantener el equilibrio económico-financiero de la empresa y garantizar la cobertura futura de los servicios", por lo que las tarifas deben ajustarse "a los cambios en los costos reales". Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ. Este criterio fue retomado en la sentencia C-041 de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO al revisar la constitucionalidad del "cargo fijo" como elemento que pueden incluir las comisiones de regulación en las fórmulas tarifarias (art. 90.2 Ley 142).
 - 11 HUGO MEJIA PALACIOS. *El derecho de los servicios públicos domiciliarios*, Bogotá, Edit. Derecho Vigente, 1999, pp. 82 y ss.
 - 12 Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.
 - 13 Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 - 14 "La política de subsidios, a la que se refiere el artículo 368 de la C. P., es uno de los medios a disposición del Estado social de derecho al cual éste puede recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados" Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 - 15 Recientemente mediante Decreto 262 de 2004, por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo Nacional de Estadística se asignó al DANE la función de "Diseñar las metodologías de estratificación y los sistemas de seguimiento y evaluación de dichas metodologías, para ser utilizados por las entidades nacionales y territoriales" (art. 2 lit. g).
 - 16 Declarado exequible Corte Constitucional. Sentencia C-0252 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.
 - 17 Corte Constitucional. Sentencias C-566 de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y C-086 de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
 - 18 Corte Constitucional. Sentencias C-252 de 1997, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y C-086 de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
 - 19 La nación ha sido venido cumpliendo con la obligación prevista en el artículo 89.3 de la Ley 142, el artículo 4.º de la Ley 632 de 2000 y en el D. R. 847 de 2001, modificado por los decretos 201 de 2004 y 2287 de 2004. Recientemente la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones modificó el concepto de consumo básico de subsistencia contenido en el artículo 5.3.3 de la Resolución CRT 087 de 1997, mediante la Resolución CRT 1008 del 18 de mayo de 2004.
 - 20 Según un estudio de la Contraloría: "Considerando el contexto de recesión económica actual, es recomendable replantear el desmonte de subsidios; la conservación de los subsidios legales representa una erogación anual aproximada para el Estado de \$136.000 millones. De hecho, estudiar la posibilidad de aumentar los porcentajes de subsidio para los estratos más bajos –siempre y cuando la disponibilidad presupuestal lo permita– podría tener un impacto muy positivo en términos de bienestar social. Además de aliviar la carga de los usuarios menos favorecidos, al hacer más asequibles las tarifas se contribuye a una reducción de la morosidad de los usuarios y de las conexiones ilegales. En un plazo más largo, en la medida en que los indicadores macroeconómicos demuestren la salida de la crisis económica, la medida puede levantarse, de modo que los recursos

- presupuestales empleados para este fin puedan ser redireccionados nuevamente hacia otras prioridades de inversión social" Contraloría General de la República. *Servicios públicos domiciliarios: perspectivas*, Bogotá, julio de 2002, p. 17.
- 21 "Considera la Corte que este es un impuesto con destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes" Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1998, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.
- 22 RUDOLF HOMMES RODRÍGUEZ et ál. Ministro de Hacienda y Crédito Público. "Exposición de motivos al Proyecto de ley 197 Senado", *Gaceta del Congreso*, año 1, n.º 162, 17 de noviembre de 1992.
- 23 Leyes 286 de 1996, 508 de 1999, Decreto ley 955 de 2000, leyes 632 de 2000 y 812 de 2003.
En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 116 de la Ley 812 de 2003 (Plan Nacional de Desarrollo), que prohibió el incremento por encima de la inflación de las tarifas de servicios públicos prestados a usuarios residenciales de estratos 1 y 2, la Comisión de Regulación de Energía y Gas expidió la Resolución CREG 108 de noviembre de 2002 en relación con sus consumos básicos o de subsistencia, norma modificada por la Resolución CREG 40 de 2004. En ésta última se establece una nueva metodología para calcular los factores de subsidios aplicables sobre los consumos de los usuarios clasificados en los estratos 1 y 2 y la sujeta a lo que dispongan el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación- Ministerio de Minas y Energía, la Nación y las entidades territoriales sobre asignación de recursos.
- 24 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 11 de abril de 2002, Concepto radicación n.º 1409, C. P.: SUSANA MONTES DE ECHEVERRI.
- 25 Circular SSPD 001 del 28 de febrero de 2003 por la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios recordó a las entidades territoriales la obligación legal de crear los FSRI.
Es procedente anotar que el numeral 99.4 del artículo 99 de la Ley 142 contiene una regla, que aparentemente no ha sido aun aplicada, conforme a la cual "el Presidente y los gobernadores podrán suspender a los alcaldes cuando sean negligentes en la aplicación de las normas relativas al pago de los subsidios, o cuando las infrinjan de cualquier otra manera".
- 26 "Es decir que de la integración del Comité y del cumplimiento de las tareas a él asignadas depende que el Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos pueda funcionar y cumplir su objeto. Por lo que no se puede afirmar, como lo hace el Tribunal, que las razones de ser de ese Comité sean únicamente las de garantizar la participación ciudadana y controlar y vigilar el funcionamiento del Fondo, pues, en realidad, del mismo depende el estudio y aprobación de la programación anual de asignación de subsidios a la demanda, con recursos del Fondo. De ahí que su no integración finalmente incida en la demora del otorgamiento de los subsidios y eventualmente en los derechos e intereses colectivos invocados por el demandante, pues si no se tiene la programación anual aprobada por el Comité, no se puede disponer de los recursos del Fondo y, por tanto, los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 no disfrutaron de aquellos". Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 1.º de marzo de 2001, C. P.: DARIO QUIÑONES, exp. AP-2006.
- 27 Aunque estas acciones de cumplimiento podrían resultar inocuas si se tiene en cuenta la redacción facultativa del artículo 368 constitucional y sus limitaciones legales en materia de ordenación de gasto.
También se ha recurrido al ejercicio de acciones populares, las cuales en un comienzo fueron rechazadas por los Tribunales por considerar que existían otros medios (acción de cumplimiento, tutela, acciones ordinarias) y el Consejo de Estado, al conocer de los recursos interpuestos contra esos autos, dispuso la admisión de estas demandas sobre la base de que la acción popular no es subsidiaria, habrá que esperar la decisión definitiva de esa Corporación en estos casos, que por lo demás han sido numerosos. Entre otros pueden citarse: Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 8 de julio de 2004, M. P.: GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, rad. 25000-23-24-000-2004-00287-01, actor: JOSÉ OMAR CORTES QUIJANO, demandado: Municipio de Yacopi; rad. 25000-23-25-000-2004-00291-01; Auto del 12 de agosto de 2004, actor: JOSÉ OMAR CORTES QUIJANO, demandado: Municipio de Ubaté; Auto del 22 de julio de 2004; rad. 25000-23-27-000-2004-00292-01, actor: JOSÉ OMAR CORTES QUIJANO, demandado: Municipio de Sasaima; Auto de 29 de julio de 2004, rad. 25000-23-27-000-2004-00354-01, actor: JOSE OMAR CORTES QUIJANO, demandado: Municipio de Sibate; Auto del 5 de agosto de

2004, rad. 25000-23-25-000-2004-00384-01, actor: JOSE OMAR CORTÉS QUIJANO, demandado: Municipio de Gama; Auto del 5 de agosto de 2004, rad. 25000-23-25-000-2004-00385-01, actor: JOSÉ OMAR CORTÉS QUIJANO, demandado: Municipio de Guachetá.

Tal vez la salida jurídica sea la contenida en el proyecto de ley 194-03 Cámara "Por la cual se expide la ley orgánica de presupuesto", que ya surtió primer debate, el cual en su artículo artículo 17 dispone:

"Gasto público social. Para efectos de la definición y priorización a que hace referencia el artículo 350 de la C. P., constituyen *gasto público social* las apropiaciones que satisfacen los objetivos fundamentales de la actividad del Estado destinadas a la solución de necesidades básicas insatisfechas de salud; saneamiento ambiental, agua potable, educación, deporte, vivienda, seguridad social, los subsidios para servicios públicos domiciliarios, de conformidad con lo que se defina en el respectivo Plan de Desarrollo.

La participación del *gasto público social* en el Presupuesto Público Nacional no se podrá disminuir con respecto a la participación de la vigencia fiscal anterior, y tendrá en cuenta el cumplimiento de metas de cobertura específicas.

La Ley de Apropiaciones identificará en un anexo las partidas destinadas al gasto público social incluidas en el Presupuesto Público Nacional".

- 28 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 17 de julio de 2003, C. P.: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA, rad. 25000-23-27-000-2003-00698-01, actor: ARISTÓBULO ZABALA, ACU-00698. Cfr. igualmente Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección A, Sentencia del 20 de septiembre de 2001, C. P.: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, exp. ACU-19001-23-31-000-2001-0900-01, actor: URBANO QUEVEDO CASTRO, n.º 1053.
- 29 Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, considerando 4.5.2.4.1
- 30 El profesor ARCHILA con anterioridad había señalado que "...la omisión de la CREG para este caso en particular es en definitiva una violación al artículo 78 de la C. P. pues [...] el Estado tiene el deber de garantizar la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en las disposiciones que les conciernen. Hay pocos temas tan importantes como el tema de las facturas y las tarifas,

pues ese es el aspecto en el que realmente las personas se ven afectadas. Lo mínimo que un usuario tiene derecho es a discutir los criterios a partir de los cuales le estarían conbrando por la prestación del servicio. Claramente, la expedición de una regulación de tipo unilateral, sin la participación de los ciudadanos es inconstitucional" (EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA. "Editorial", revista *Contexto* n.º 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, abril de 2002, p. 3).

La misma Corporación ya había señalado al estudiar el numeral 90.2 del artículo 90 de la Ley 142 que "resulta absolutamente necesario que las comisiones, antes de hacer la regulación de los costos fijos, escuchen a los usuarios del servicio. La participación directa de los consumidores es relevante para la toma de ese tipo de decisiones. Pero tal deber no se satisface únicamente con la sola participación de voceros o representantes de los usuarios de los servicios, sino que debe llegar hasta el punto de abrir espacios para que estos últimos de manera directa expongan sus reclamos y sus puntos de vista respecto de los criterios que se van a adoptar" Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. Recientemente el Gobierno nacional anunció que va expedir un decreto reglamentario por cuya virtud se obliga a las comisiones de regulación a consultar a los usuarios antes de expedir actos regulatorios relativos a temas tarifarios.

- 31 "Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe", se configuró inconstitucionalidad por consecuencia a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad –por vicios de trámite– del artículo 120 de la Ley 489, según la Corte Constitucional. Sentencia C-923 de 1999, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- 32 "... la democratización de la Administración en el estado actual del derecho es de una extrema prudencia en su conjunto. El administrado no se convierte en el coautor de la decisión que le concierne, como lo exigiría una democratización absoluta. A lo sumo es informado de su preparación, lo que permite hacer conocer su punto de vista. Dos explicaciones existen para esta prudencia: la una más psicológica que jurídica, la otra ligada a la soberanía del Estado, aún democrático. La primera se refiere a la mentalidad administrativa, heredada de una larga tradición.

Hemos podido verificarlo con ocasión de las audiencias de ciertos funcionarios en los primeros tiempos de la Comisión [...] Con toda buena fe no veían cómo continuar su actividad sin el secreto, puesto que el expediente, desde entonces comunicable, revelaría al administrado las etapas sucesivas, las vacilaciones, los retoques que habían marcado la preparación de la decisión, atenuando así la autoridad y reduciendo su libertad. En cuanto al conocimiento de los datos del problema al escuchar a quienes afectaba, inspiraba, inspira todavía no sin razón a veces, más desconfianza que confianza ¿no se reduce esto muy frecuentemente, a la protección de intereses privados contra el interés general? A esta psicología tradicional se ha añadido otra causa de rechazo de la concertación con el administrado, ligada al progreso de las técnicas. El dominio por la Administración de los medios nuevos que ellos ponen al servicio de su acción ha hecho penetrar lentamente en la tradición burocrática, un elemento tecnocrático que confirma la confianza de los

administradores en lo bien fundado de sus decisiones científicamente irreprochables, que no tienen ninguna necesidad, ni de informaciones menos fiables aportadas por los interesados, ni de acrecentar su autoridad mediante justificaciones inútiles puesto que ellas son objetivamente fundadas...

[...] La evolución de la Administración hacia la democracia debe desembarazarse de estos obstáculos. No se puede contentar con una deontología fundada sobre el respeto de la persona, fundamento primero de todo régimen democrático. ¿Puede ir más allá? ¿Puede ir hasta transferir del administrador al administrado el poder de decisión o aun hacer de esta una co-decisión, sustituyendo el acto unilateral por una suerte de acto contractual que exija el acuerdo de las dos partes?..." JEAN RIVERO. "El administrado frente al derecho administrativo", en *Páginas de Derecho Administrativo libro homenaje*, LIBARDO RODRÍGUEZ R. (dir.-coord.), Bogotá, Edit. Temis y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2002, pp. 241 y 242.