

D-13622.
OK

Bogotá, diciembre 3 de 2019.

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL
HONORABLES MAGISTRADOS,
L. C.

Honorables Magistrados,

Yo, **HUGO PALACIOS MEJÍA**, ciudadano, vecino de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en nombre propio, solicito, con todo respeto:

Que se declare que el artículo 313 de la ley 1955 del 25 de mayo de 2019 (Plan General de Desarrollo 2018-2022), **en su integridad**, es inconstitucional y, por lo tanto, inexecutable.

I.- EL ARTÍCULO ACUSADO.

El texto del artículo 313 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, publicada en el DIARIO OFICIAL, No. 50.964, del 25 de mayo de 2019, es el siguiente:

Ley 1955 de 2019

(mayo 25)

Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

"Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad

El Congreso de Colombia

Decreta (...)

ARTÍCULO 313°. SOBRETASA POR KILOVATIO HORA CONSUMIDO PARA FORTALECER AL FONDO EMPRESARIAL EN EL TERRITORIO NACIONAL. A partir de la expedición de la presente Ley y hasta el 31 de diciembre de 2022, créase una sobretasa nacional de cuatro pesos moneda legal colombiana (\$4 COP) por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, que será recaudada por los comercializadores del servicio de energía eléctrica y girada al

Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sobretasa será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional. El hecho generador será el kilovatio hora consumido, y los responsables del pago de esta sobretasa serán los usuarios de los estratos 4, 5 Y 6, los usuarios comerciales e industriales y los no regulados del servicio de energía eléctrica. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reglamentará el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo.

El servicio de transporte masivo que se mueva con energía eléctrica estará excluido de la sobretasa de la que trata el presente artículo.

II.- RAZONES DE LA DEMANDA

I.- PRIMER CARGO: LA "SOBRETASA" DEL ARTÍCULO 313 DEL PND ES UN IMPUESTO CUYO RECAUDO NO SE DESTINA A UNO DE LOS PROPÓSITOS PARA LOS CUALES LA CONSTITUCIÓN PERMITE CREAR "RENTAS DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA".

Violación de los artículos 359, y del inciso segundo del artículo 338 de la Constitución.

1.-EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL.

El problema constitucional al que se refiere este cargo consiste en definir si el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019 (en adelante Ley PND o Ley del PND) crea un "impuesto" con destinación "específica", y si, por razón de tal destinación, viola el artículo 359 de la Constitución.

Este cargo es "cierto", "pertinente" y "específico" porque se basa en el texto mismo de la norma acusada y de las normas constitucionales violadas, en la jurisprudencia constitucional y en las normas legales sobre presupuesto y sobre el servicio público de electricidad.

Para desarrollar este cargo, abordaré, en su orden, los siguientes tres asuntos:

- a.-La "sobretasa" a la que se refiere el artículo 313 es un "impuesto", según explica la jurisprudencia constitucional, y se confirma al examinar las normas que se refieren a los pagos que se hacen por electricidad en Colombia.
- b.-El "impuesto" que crea el artículo 313 de la Ley del Plan, es una de las "rentas nacionales" que no pueden tener destinación específica, según las normas legales presupuestales y el artículo 359 de la Constitución.
- c.-El "pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional" no es una de las causales a las que se refiere el artículo 359 de la Constitución y que permiten tener impuestos de "destinación específica".

DE
TA
TARI
na Ce

2.-LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES INFRINGIDOS.

El texto "cierto" de los dos primeros incisos del artículo 338 y del artículo 359 de la Constitución es el siguiente:

ARTÍCULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

.....

ARTÍCULO 359. No habrá rentas nacionales de destinación específica.
Se exceptúan:

1. Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.
2. Las destinadas para inversión social.
3. Las que, con base en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.

3.-LA "SOBRETASA" A LA QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 313 ES UN "IMPUESTO".

3.1.-Taxonomía constitucional de los tributos.

El texto del artículo 313 de la Ley del PND indica que allí se crea una "sobretasa" nacional; sin embargo, como explicaremos, se trata de un "impuesto", que debería estar sujeto a las restricciones del artículo 359 constitucional.

Existe ya repetida jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias C-528 de 2013, ponente Calle; y C-155 de 2016, ponente Linares), según la cual el artículo 359 de la Constitución, aunque se refiere en forma genérica a las "rentas nacionales", solo se aplica a los "impuestos"¹. Por eso es indispensable explicar cómo, a la luz de la jurisprudencia

¹ Según la sentencia C-155 de 2016 (ponente Linares), el hecho de que el inciso segundo del artículo 338 de la Constitución contemple la posibilidad de crear tributos con "destinaciones especiales", y, en particular, "contribuciones parafiscales" y "tasas que retribuyen servicios" obliga a una interpretación sistemática de la Constitución, de acuerdo con la cual las "contribuciones parafiscales" y las "tasas que retribuyen servicios" no están incluidas en la prohibición del artículo 359 constitucional. Este, pues, se limita a prohibir "impuestos con destinación específica". Estamos de acuerdo con esta doctrina de la Corte.

constitucional, aunque el artículo 313 de la Ley PND dice que crea una "sobretasa", en realidad crea un "impuesto".

Así las cosas, es necesario tener en cuenta que, como ha dicho la Corte Constitucional desde, por lo menos, la sentencia C-430 de 1995 (ponente Hernández), la naturaleza de un "impuesto", "tasa" o "contribución" no depende del nombre que le dé el legislador, sino de las características propias del tributo respectivo, según puede establecerse teniendo en cuenta quiénes son sus sujetos, cuál es el hecho y la base gravable, cuál es y cómo se fija su tarifa, y cuál es su destino. Recientemente ha dicho la Corte en la Sentencia C-155 de 2016:

.... en cada caso particular se debe analizar a profundidad la naturaleza jurídica del tributo, por cuanto como se observó anteriormente, la denominación legal no siempre corresponde con precisión al contenido material del tributo que se somete a un examen de constitucionalidad.

Desde una perspectiva gramatical, teniendo en cuenta el significado de la preposición "sobre"², una "sobretasa" es una tasa que va encima de otra; es, pues, una "tasa" que puede crear el Congreso, dentro de su facultad de configuración.

La sentencia C-155 de 2016 (ponente Linares), sirve para conocer la evolución de la jurisprudencia constitucional en cuanto a la taxonomía de las diversas "rentas", "contribuciones", "tasas" e "impuestos" a las que se refiere la Constitución. Usaremos esa sentencia, cuyos textos y doctrina son "ciertos", para explicar por qué el artículo 313 del PND no crea en verdad una "tasa", como da a entender su texto, sino un "impuesto", como afirma esta demanda.

El "impuesto", según la jurisprudencia constitucional, es un pago que impone unilateralmente el Estado a una persona contribuyente para contribuir a financiar el costo de proveer los bienes y servicios que el Estado debe proporcionar a todos los habitantes, a toda la comunidad, sin que el monto del "impuesto" dependa en forma directa de la cantidad de bienes o servicios que el contribuyente recibe de las autoridades.

Y la Corte Constitucional, en sentencia C-260 de 2015 (ponente Ortiz), caracterizó en la siguiente forma las "tasas":

....las tasas se diferencian de los impuestos en los siguientes aspectos: i) el hecho generador se basa en la efectiva prestación de un servicio público o la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público que se traduce en un beneficio particular del sujeto pasivo; ii) tiene naturaleza retributiva, pues busca compensar un gasto público del Estado para prestar un servicio público.

3.2.- El precedente: la decisión de la Corte sobre las "contribuciones de solidaridad".

En la Sentencia C-086 de 1998, de la cual fue ponente Arango Mejía, la Corte analizó la naturaleza tributaria del artículo 5 de la Ley 286 de 1996, que, con el propósito de modificar parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994, dispuso, entre otros asuntos, que las contribuciones que paguen,

....los usuarios del servicio de energía eléctrica pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial regulados y no regulados,.....son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica.....y serán

² La preposición "sobre" significa, en primer término, "encima de", según el "Diccionario de la Lengua Española" de la Real Academia Española.

utilizados por las empresas distribuidoras de energíaquienes las aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residencias de los I, II y III áreas urbanas y rurales.

La Corte hizo, entonces, unas explicaciones sobre las contribuciones a las que se refieren las leyes 142 y 143 de 1994, y determinó que ellas son un "impuesto" con "destinación específica". Esas consideraciones son útiles para el análisis del impuesto que crea el artículo 313 del PND, así:

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

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

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

Dadas las características de este recargo, considera la Corte que éste es un impuesto con una destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha determinado que "la denominación tributaria usada por el legislador es indiferente en sí misma al momento de resolver si el contenido material del gravamen, sus características, forma de cobro y demás elementos con incidencia jurídica se avienen a la Constitución." (Sentencia C-430 de 1995. Magistrado ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo).

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

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

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

.....
.....si bien la contribución de que trata la ley 142 de 1994, grava sólo a un sector de la población, ello no desvirtúa su carácter general ni lo hace una renta parafiscal, pues en este caso, el gravamen se impuso teniendo en cuenta los criterios de justicia y equidad (artículo 95 y 338 de la Constitución), el de solidaridad (artículo 367) y no el elemento aglutinador que identifica a los

sujetos pasivos de las rentas parafiscales. Por ejemplo, el pertenecer a determinada profesión, el ser productor de una materia prima determinada, etc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.-La línea jurisprudencial sobre la naturaleza de las contribuciones que crearon las leyes 142 y 143: la sentencia C-766 de 2012.

La sentencia C-766 de 2012, de la cual fue ponente Mendoza Martelo, continúa la doctrina expuesta en la sentencia C-086 de 1995, actualizada por las modificaciones legales a las contribuciones que crearon las leyes 142 y 143 de 1994, y sostiene que tales contribuciones son un "impuesto". La sentencia analizó el artículo 2 de la Ley 1430 de 2010, que planteaba, entre otras cosas, excluir a los usuarios industriales del deber de pagar este impuesto. En esa sentencia, la Corte citó expresamente la sentencia C-086 de 1995, y además dijo:

3.2.6. Pues bien, en desarrollo de los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, la Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", reguló de manera especial el subsidio al consumo de los servicios públicos domiciliarios, precisamente, para que los sectores con mejores posibilidades económicas, en concurrencia con el Estado, contribuyan con los sectores de menores ingresos a pagar el costo de los servicios que consumen. Con ese propósito, a través del artículo 89.1, la citada ley creó una "obligación" a cargo de los usuarios industriales, comerciales y de los estratos residenciales 5 y 6, y a favor de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios pertenecientes a los estratos residenciales 1, 2 y 3, la cual no podía ser superior al 20% del valor del servicio público, delegando a su vez en las Comisiones de Regulación correspondientes la fijación -dentro de ese límite- del porcentaje que se debe cobrar.³

³ El artículo 89 de la Ley 142 de 1994, prevé: **ARTÍCULO 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS.** Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

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

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales



3.2.7. Tratándose del servicio público domiciliario de energía eléctrica, el subsidio de consumo en beneficio de los usuarios residenciales de menores ingresos, fue regulado de manera especial en la Ley 143 de 1994, “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional...”. En ese sentido, el artículo 47 del referido ordenamiento, siguiendo los parámetros fijados en la ley de servicios públicos domiciliarios, definió el subsidio de consumo para el servicio de electricidad (i) como una contribución nacional a favor de los usuarios pertenecientes a los estratos residenciales 1, 2 y 3; (ii) señaló como sujetos pasivos de la misma a los usuarios industriales, comerciales y de los estratos residenciales 5 y 6; y (iii) fijó el pago de la contribución en un monto no superior al 20% del costo de prestación del servicio de electricidad, delegando en la Comisión de Regulación de Energía la fijación del porcentaje a cobrar. Dicha norma aclaró a su vez, que los subsidios se pagarían a las empresas distribuidoras y estableció las reglas referentes a su distribución y manejo.

En relación con lo primero, la Corte concluyó que el sobrecosto a cargo de los sectores industrial y comercial y de los estratos residenciales 5 y 6, independientemente de su denominación legal (subsidio, contribución, tasa o sobretasa) es en realidad un impuesto o renta de carácter nacional con destinación específica, de los que excepcionalmente autoriza la Constitución, al estar destinado a inversión social. Sobre el particular, precisó la Corporación en el citado fallo que, si bien la contribución del sector eléctrico grava sólo a un sector de la población y no entra directamente al presupuesto de la Nación o de las distintas entidades territoriales, “ello no desvirtúa su carácter general ni lo hace una renta parafiscal, pues en este caso, el gravamen se impuso teniendo en cuenta los criterios de justicia y equidad (artículo 95 y 338 de la Constitución), el de solidaridad (artículo 367) y no el elemento aglutinador que identifica a los sujetos pasivos de las rentas parafiscales. Por ejemplo, el pertenecer a determinada profesión, el ser productor de una materia prima determinada, etc.”. Asimismo, aclaró que “la destinación específica que tiene este gravamen no lo hace por sí solo una contribución parafiscal, pues la propia Constitución admite la existencia de rentas que, sin ser parafiscales, tienen una destinación específica (artículo 359)”.

Con respecto a lo segundo, la Corte reconoció que el legislador, a través de las normas que regulan la materia, definió con precisión todos los elementos del impuesto al consumo de energía. Al respecto, manifestó que: “Los usuarios de los sectores industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6, se constituyen en los sujetos pasivos; las empresas que prestan el servicio público son los agentes recaudadores; el hecho gravable lo determina el ser usuario de los servicios públicos que prestan las empresas correspondientes; La base gravable la constituye el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario; el monto del impuesto, si bien no está determinado directamente por la ley, si es determinable, pues se establece que no podrá ser mayor al 20% del valor del servicio prestado. Para el efecto, se delega en las comisiones de regulación correspondientes, la fijación dentro de este límite, del porcentaje que se debe cobrar. En tratándose del servicio público de energía, el monto de éste se fijó directamente en un 20% del valor del servicio (ley 223 de 1995, artículo 95)”.

y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley.



3.4.-El pago que exige el artículo 313 de la Ley PND no es el "precio" de la electricidad que reciben todos los usuarios en Colombia.

Según la jurisprudencia constitucional y las leyes colombianas sobre servicios públicos, la "sobretasa" es, un "impuesto", en el sentido de que no remunera un servicio o beneficio que las autoridades presten al contribuyente, y debe pagarse solo porque es el resultado de la voluntad unilateral del Congreso.

En efecto, todos los usuarios de electricidad hemos venido pagando, de tiempo, atrás, un "precio" por la electricidad que consumimos y ese precio remunera, según la Ley, los costos y gastos de las empresas de servicios públicos y les permite, además, obtener una utilidad sobre su inversión. De modo que la ley y la jurisprudencia consideran que lo que algunos usuarios pagamos además de ese precio, es un "impuesto de solidaridad". Por eso, puesto que seguimos pagando el "precio" de la electricidad según las reglas establecidas, el nuevo gravamen que crea el artículo 313 del PND tampoco es un "precio", es decir, no es una "tasa" sino un "impuesto".

El "hecho gravable" previsto en el artículo 313 del PND es el "consumo de energía"; y, de acuerdo con el texto "cierto" de las leyes colombianas, quien "presta" el servicio al usuario, es una "empresa", y el usuario paga por ese servicio un "precio":

Ley 142 de 1994. Artículo 128. Contrato de servicios públicos. Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario **a cambio de un precio en dinero**, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. (Las negrillas han sido añadidas)

De modo que el usuario paga, a la empresa, un "precio" por el servicio que recibe. Cualquier otro pago **adicional** que le impongan la Ley 142 o la Ley 143 o el artículo 313 de la Ley PND en relación con sus consumos de electricidad no es, pues, un pago "por el servicio", sino un pago por otros conceptos. El más importante de esos otros conceptos es el pago por impuestos "de solidaridad", con diversos nombres en las leyes 142, 143 y concordantes, estructurados alrededor del valor del consumo de los servicios públicos.

En efecto, de acuerdo con las leyes 142 y 143 de 1994, el consumidor de energía recibe el servicio de varias empresas de servicios públicos, y, en últimos términos, de una empresa distribuidora (que a su vez paga a las generadoras, las transmisoras, las comercializadoras, etc.). Y de acuerdo con tales leyes, el consumidor paga una "tarifa" a la empresa distribuidora, por medio de la cual remunera a ésta los costos y gastos razonables en que incurre para prestar el servicio, incluyendo una rentabilidad adecuada para sus inversiones; los detalles relativos a la fijación de tales tarifas aparecen, principalmente, en los artículos 90 a 96, ambos inclusive, de la ley 142 y por el artículo 46 de la ley 143. Los recursos que recibe la empresa por la prestación del servicio son ingresos "privados", esto es, entran a su patrimonio para su libre disposición.

Ahora bien, las leyes 142 y 143, para desarrollar los principios de solidaridad y redistribución de ingresos que predica el artículo 367 de la Constitución, disponen que, al tiempo que se pagan "precios" o "tarifas" a los prestadores del servicio, ciertos usuarios deben pagar las "contribuciones" adicionales -"de solidaridad"- cuyo propósito es financiar los subsidios que deben otorgarse a las personas de menores ingresos para que puedan pagar los precios del servicio. La ley 142, en el numeral 89.6 advierte que los recursos provenientes de tales contribuciones son "públicos". La jurisprudencia ha repetido que lo que se paga por tales "contribuciones" es, en realidad, un **impuesto con destinación específica**, justificada para efectos del artículo 359 de la Constitución por su carácter de "inversión social" (Sentencias C-86 de 1998, ponente Arango, y C-766 de 2012, ponente Mendoza).

En el caso del impuesto sobre el valor del consumo de los servicios públicos, la "destinación específica" se justifica, a la luz de los principios de igualdad y equidad, por cuanto tiene el propósito social de otorgar subsidios a los usuarios más pobres del sistema. Tal justificación no existe en el impuesto que crea el artículo 313 de la Ley del PND, como veremos adelante.

3.5.- La "sobretasa" debe evaluarse a la luz del inciso primero del artículo 338 constitucional; no es una de las "tasas" o "contribuciones" a las que se refiere el segundo inciso de esa norma.

Una de las características de las contribuciones a las que se refiere el inciso segundo del artículo 338 constitucional consiste en que, según esa norma, las autoridades administrativas pueden fijar las "tarifas" de las mismas, siguiendo un determinado "sistema y método", para recuperar costos de servicios prestados al contribuyente.

El examen del texto del artículo 313 revela, a las claras, que el Congreso no creó en el artículo 313 de la Ley del PND una de tales "contribuciones", pues fijó directamente la tarifa que debería cobrarse -cuatro pesos por kilowatio hora-, en vez de dejar que fuera la Superintendencia de Servicios Públicos la que tomara la decisión respectiva.

De la misma manera, el título del artículo 313 muestra que el propósito de la sobretasa no es "recuperar costos" o "participar en beneficios" otorgados al contribuyente, pues tal título revela que su propósito es "Fortalecer al Fondo Empresarial".

El artículo 313 no crea, pues, una de las "tasas" y "contribuciones" a las que se refiere el inciso segundo del artículo 338 constitucional, y su evaluación constitucional debe hacerse a la luz del primer inciso de ese artículo y de la jurisprudencia relacionada con él.

El artículo 313 de la Ley del PND viola el inciso segundo del artículo 338 constitucional porque dio al "impuesto" que allí crea el nombre de "sobretasa", lo que, salvo por la claridad que existe hoy en la jurisprudencia constitucional, podría llevar a que se considerara que no está sujeto a la restricción del artículo 359 constitucional sobre "destinación específica".

3.6.- La "sobretasa" que crea el artículo 313 no es el "precio" que deben pagar aquellos usuarios contribuyentes que reciben la electricidad de las empresas de las cuales la Superintendencia ha tomado posesión.

El artículo 313 de la Ley del PND indica, desde su título, que tiene como objeto "Fortalecer al Fondo empresarial en el territorio nacional". Pero luego, en su texto, precisa con mayores detalles en qué consiste el "fortalecimiento" al que alude el título, cuando dice:

La sobretasa será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional.

Como se observa, la única distinción que el artículo contiene entre los diversos usuarios contribuyentes de electricidad en el país se refiere a los estratos del usuario, a la eventual actividad industrial o comercial del usuario, y a su eventual carácter de "no regulado". **Todos** los usuarios de estratos 4, 5 y 6, y todos los usuarios industriales o comerciales, y todos los "no regulados", deben pagar la sobretasa, aún si la energía que utilizan no proviene de las empresas de las que el Estado ha tomado posesión.



Se observa, entonces, que ni siquiera los usuarios que reciben la energía de empresas de las cuales la Superintendencia ha tomado posesión reciben en forma directa un beneficio por el hecho de pagar la "sobretasa". La sobretasa que pagarán los contribuyentes a los que se refiere el artículo 313 del PND no remunera servicio alguno o beneficio alguno directo que el Fondo Empresarial de la Superintendencia les preste a ellos, o, en particular, a los usuarios que sí reciben electricidad de las empresas de las que la Superintendencia ha tomado posesión.

Por lo tanto, esa "sobretasa" no es una de las tasas "retributivas" a las que se refiere el segundo inciso del artículo 338 constitucional, sino un **impuesto**, al que se ha dado un nombre que no le corresponde.

¿Qué beneficio obtienen los contribuyentes gravados por el artículo 313 del PND con el pago de sus deudas que haga el Fondo Empresarial? ¿Qué beneficio obtienen con el hecho de que el Fondo contribuya a que las empresas de las cuáles ha tomado posesión la Superintendencia sigan prestando el servicio de energía eléctrica? ¿Acaso esas empresas, de las que se ha tomado posesión, no reciben "tarifas" por los kilowatios que entregan? Y, aún si las empresas en posesión de la Superintendencia no cobraran "tarifas" por esa energía, ¿cómo puede establecerse que todos los contribuyentes de la sobretasa del artículo 313 del PND se benefician de la energía que esas empresas producen?

3.7.- El pago que exige el artículo 313 de la Ley PND se relaciona con el deber de "garantía" que impone al Estado el artículo 365 de la Constitución, no con la electricidad que el usuario recibe de las empresas en "toma de posesión"; y no corresponde a una "garantía" que el contribuyente haya solicitado o a la que pueda renunciar.

El artículo 365 de la Constitución indica que

ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.....

De acuerdo con el inciso primero de esta norma, el Estado tiene el deber de "asegurar" que se presten los servicios públicos "a todos los habitantes del territorio nacional". Puesto que este deber existe para beneficio de todos los habitantes, y no solo para los que hagan algún pago al Estado, el Estado debe financiarlo con los "impuestos" que recibe y no con "tasas". Su deber de "aseguramiento" existe, sin distinción, frente a todos los habitantes -no solo frente a quienes le paguen algo- y, por ese motivo se financia con "impuestos" y no con "tasas". Como ocurre, por ejemplo, con el servicio de defensa, el de justicia, el de relaciones exteriores....

Cuando el artículo 313 de la Ley PND dice que el recaudo de la "sobretasa" que ese artículo creó

...será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional.

hace una referencia literal al primer inciso del artículo 365 de la Constitución, que ordena al Estado "asegurar" la "prestación" "a **todos los habitantes** del territorio nacional". De modo que el artículo 313 de la Ley PND se enmarca en forma literal, "cierta", dentro del inciso primero del artículo 365 constitucional. Es decir, dentro del deber que corresponde al Estado

de "asegurar" que se presten los servicios públicos **a todos los habitantes** del territorio nacional, y no solo a quienes estén dispuestos pagar, o paguen, una "tasa" por la prestación del servicio.

Obsérvese, además, que, según su texto "cierto", el artículo 313 de la Ley del PND no grava únicamente a los usuarios que reciben su electricidad de las empresas de las cuales el Estado ha tomado posesión: grava a los usuarios contribuyentes del servicio público de electricidad, cualquiera que sea la empresa de la cual reciben el servicio.

Según el artículo 365 constitucional, es claro que la "sobretasa" que crea el artículo 313 es en realidad un "impuesto". Su propósito es financiar las actividades que asume una entidad del Estado, el Fondo Empresarial" respecto de ciertas empresas, para "garantizar la prestación del servicio de energía...en el territorio nacional". No son tales empresas las que deben pagar el tributo; son todos los usuarios de energía eléctrica de estratos 4, 5 y 6, y los usuarios comerciales e industriales y los no regulados.

Los usuarios, pues, según el artículo 313 de la Ley del PND no van a pagar un servicio prestado por el Estado directamente a ellos, en su beneficio exclusivo o principal, como usuarios de las empresas de las cuales el Estado ha tomado posesión. Van a pagar aunque no sea el Estado quien les preste el servicio de energía eléctrica y aunque las empresas de las cuales reciben el servicio no estén intervenidas, y aunque no hayan hecho solicitud alguna para ser beneficiarios de esa "garantía" estatal, y aunque no se les haya informado previamente, ni hayan consentido, con el pago de este tributo.

Por estas razones, según la jurisprudencia constitucional, cuando paguen las sumas que ordena el artículo 313 no estarán pagando una "tasa" sino un "impuesto".

3.8.-Además: el Estado, en Colombia, por regla general, no presta el servicio de energía eléctrica; lo prestan "empresas" que no requieren autorización estatal para prestar el servicio.

La jurisprudencia constitucional a la que hemos hecho referencia indica que lo propio de las "tasas" consiste en remunerar un bien o servicio que se recibe de las autoridades. Por eso explicaremos ahora cómo, según la Constitución y las leyes colombianas, por regla general, los usuarios del servicio de electricidad no reciben ese servicio de las autoridades, sino de "empresas" de servicios públicos, o de entidades que funcionan como "empresas" y no como "autoridades".

Cuando la Superintendencia de Servicios Públicos "toma posesión" de una empresa, no se convierte en "prestadora" del servicio. El "prestador" sigue siendo la empresa, aunque esté administrada por la un delegado de la Superintendencia.

Las empresas de servicios públicos ni siquiera requieren autorización previa de las autoridades para tener como objeto la prestación del servicio. Por estas razones, adicionales a las que se presentaron en otros numerales de este cargo, la "sobretasa" que creó el artículo 313 de la Ley PND no es una "tasa" sino un "impuesto"

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 365 constitucional, el Estado no tiene generalmente el deber de prestar los servicios públicos. Según la norma constitucional, la "prestación" de los servicios públicos puede estar a cargo de varias entidades, incluyendo "comunidades organizadas" y "particulares". Por lo tanto, la electricidad que reciben los usuarios de servicios públicos no es propiedad ni proviene por regla general, del Estado (municipios, departamentos, Nación), sino de "empresas" o entidades que operan como "empresas", según el derecho privado y no como autoridades.

Según el inciso segundo del artículo 365 constitucional y el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, que estructuran la prestación del servicio de electricidad en Colombia, la facultad de prestar ese servicio público no es un favor, ni proviene de un permiso previo de las autoridades, sino de la Constitución misma y del artículo 22 de la Ley 142, según el cual:

Artículo 22. Régimen de funcionamiento. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.

En otras palabras, en el sector de servicios públicos existe "libertad de entrada". La facultad de prestar servicios públicos no depende de una "concesión", un "permiso", una "licencia" o cualquier otro acto previo de autorización oficial. Por eso, por regla general, no pagamos al municipio, el departamento o la Nación, sino a empresas, sujetas a un régimen de derecho privado, el servicio público de electricidad que recibimos, sino a las empresas. Aunque, por supuesto, las autoridades pueden gravar con "impuestos" no solo a las empresas, sino a los usuarios, por el hecho de serlo.

De modo que la electricidad que los usuarios reciben de las empresas no se deriva, ni siquiera en forma indirecta, de una autorización previa que el Estado otorga a una empresa para asumir como objeto la prestación del servicio público. Quien pague la "sobretasa" del artículo 313 de la ley del PND no estará pagando, pues, una autorización previa que el Estado dio al prestador del servicio para acometer esa actividad.

La Nación no entrega energía a los contribuyentes de estratos 4, 5, y 6, e industriales y comerciales", o "no regulados", que son los "sujetos pasivos" del tributo "nacional" que crea el artículo 313 de la Ley PND; la entrega la hacen empresas de servicios públicos, que cobran un "precio" por esa entrega.

Por estas razones, adicionales a las expuestas antes, el pago que impone el artículo 313 de la Ley del PND por el consumo de electricidad no es un pago que deba hacerse a una autoridad que presta el servicio eléctrico, sino un "precio" que se paga a una "empresa"; y por eso aquel pago no es una "tasa" sino un "impuesto", según la jurisprudencia constitucional.

Inclusive cuando la electricidad proviene de una "empresa" en la que el Estado tiene alguna participación, en la relación entre la empresa y el usuario la empresa no obra como autoridad, capaz de imponer unilateralmente obligaciones al particular. Así se advierte en las siguientes normas de la Ley 142, declaradas exequibles por la Corte Constitucional, en la sentencia C-066 de 1997:

27.7. Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, **se regirán en un todo por las normas del derecho privado**.

Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997

Artículo 132. Régimen legal del contrato de servicios públicos. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código

NOTA
Gloria

Civil.

Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

3.9.-Aún cuando el Estado, excepcionalmente, preste el servicio de energía eléctrica, no se relacionará con el usuario como "autoridad".

Hasta donde conocemos, el Estado (municipios, departamentos, Nación) no presta en Colombia, directamente, el servicio de energía eléctrica. La Ley 142 solo autoriza al Estado para "prestar" directamente el servicio en condiciones **excepcionales**. Así se observa en los numerales 6.1, 7.1 y 8.6 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con las cuales el Estado solo puede asumir directamente la prestación de los servicios públicos domiciliarios solo si no hay "empresas de servicios públicos", oficiales, mixtas o privadas, en capacidad de prestarlo en un determinado territorio. Reproduzco en seguida el texto "cierto" de las normas que así lo disponen:

Artículo 6o. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;.....

Artículo 7o. Competencia de los departamentos para la prestación de los servicios públicos. Son de competencia de los departamentos en relación con los servicios públicos, las siguientes funciones de apoyo y coordinación, que ejercerán en los términos de la ley, y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan las asambleas:

7.1. Asegurar que se presten en su territorio las actividades de transmisión de energía eléctrica, por parte de empresas oficiales, mixtas o privadas.

Artículo 8o. Competencia de la Nación para la prestación de los servicios públicos. Es competencia de la Nación:

.....

8.6. Prestar directamente cuando los departamentos y municipios no tengan la capacidad suficiente, los servicios de que trata la presente Ley.

Pero, aún si en algún caso el Estado asumiera la prestación directa del servicio de electricidad, no podría comportarse "como autoridad" frente al usuario, porque, según el inciso final del artículo 3 de la Ley 142:

Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta.

Y, como se vio arriba, las relaciones entre las empresas y los usuarios se rigen, principalmente, por los siguientes principios de la Ley 142:

Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997

Artículo 132. Régimen legal del contrato de servicios públicos. El contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta Ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos, y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil.

Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

3.10.-Conclusiones, acerca de las razones para sostener que el artículo 313 crea un "impuesto" y no una "tasa".

El usuario que habrá de pagar el tributo creado por el artículo 313 de la Ley del PND, no estará pagando una "tasa", sino un "impuesto", según la jurisprudencia, y porque:

a.-Ni las contribuciones de solidaridad" ni el "impuesto" que crea el artículo 313 son el "precio" o parte del "precio" de la electricidad que recibe el usuario: ese "precio", según las leyes 142 y 143, se paga con la "tarifa", y la Ley ordena distinguir, en forma nítida, en las facturas, lo que es "precio" de la electricidad y lo que es "contribución de solidaridad".

b.-El hecho de que los contribuyentes del impuesto que crea el artículo 313 de la Ley del PND deba ser pagado inclusive por quienes no reciben energía de las empresas en "toma de posesión", demuestra que el artículo creó un "impuesto" y no una "tasa" relacionada con la recepción de un servicio.

c.-Los gastos en los que incurran el Estado o la Nación para "garantizar la prestación del servicio" benefician a "todos los habitantes" en el territorio nacional; puesto que esa garantía no beneficia solo a quienes paguen la "tasa" o "sobretasa" del artículo 313 de la Ley del PND, el pago que el artículo 313 exige es un "impuesto" y no una "tasa".

d.-Según el inciso primero del artículo 365 constitucional, que corresponde literalmente al deber de "garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica" que se menciona en el artículo 313 de la Ley PND, el Estado no podría ni puede limitar su deber de "aseguramiento" respecto del servicio de electricidad para cumplirlo solo en beneficio de los usuarios que paguen la "sobretasa".

e.-La Nación y las entidades territoriales no están habilitadas sino excepcionalmente para ser "prestadoras" del servicio eléctrico en Colombia; la prestación normal



corresponde a "empresas", no a "autoridades", según las leyes 142 y 143. Cuando la Superintendencia toma posesión de una empresa no se convierte en "prestadora" del servicio; la "prestadora" sigue siendo la empresa, bajo la administración de un delegado de la Superintendencia.

f.-La electricidad que reciben los usuarios gravados por el artículo 313 de la Ley PND no corresponde a un bien o servicio que sea propiedad del Estado o que sea entregado por el Estado; ni siquiera corresponde, según el artículo 313, a electricidad que se reciba de las empresas de las que el Estado ha tomado posesión; ni corresponde a una "garantía" que el usuario haya solicitado, o a la que pueda renunciar.

g.-Las empresas que prestan el servicio de electricidad no lo hacen gracias a una "autorización previa" del Estado para prestar ese servicio; e, inclusive cuando el Estado participa en su capital, en su relación con el usuario no obran como "autoridad", sino dentro de las reglas de igualdad en la contratación que caracterizan el derecho civil y comercial.

h.-Aun en los casos excepcionales en los que la ley permite al Estado "prestar" en forma directa el servicio de electricidad, el Estado debe comportarse frente al particular en la misma forma en que lo hacen las empresas, esto es, no como autoridad, sino dentro de las reglas de igualdad que caracterizan las relaciones entre particulares según el derecho civil y comercial.

4.-LA "SOBRETASA" QUE CREA EL ARTÍCULO 313 DE LA LEY PND NO ES UNA DE LAS RENTAS NACIONALES PARA LAS CUALES EL ARTÍCULO 359 DE LA CONSTITUCIÓN, AUTORIZA UNA "DESTINACIÓN ESPECÍFICA".

4.1.-Según la jurisprudencia, el artículo 359 de la Constitución impide que haya "impuestos" de destinación específica, salvo para los fines que el artículo enumera en forma taxativa.

El texto "cierto" del artículo 359 constitucional dice:

ARTÍCULO 359. No habrá rentas nacionales de destinación específica.
Se exceptúan:

1. Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.
2. Las destinadas para inversión social.
3. Las que, con base en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-317 de 1998 (ponente Cifuentes) ha destacado la importancia del artículo 359 para conservar el carácter excepcional de las "rentas nacionales" de destinación específica. Dijo la Corte:

8. La Corte Constitucional de manera reiterada ha considerado que sólo por vía excepcional, siempre que se den los presupuestos taxativamente señalados en el artículo 359 de la Constitución, puede el Congreso establecer una renta nacional de destinación específica. La prohibición constitucional, como se ha expuesto de manera repetida, busca reivindicar las funciones que el presupuesto está llamado a cumplir como el más decisivo instrumento de política fiscal en manos de la democracia y al cual se confía la eficiente y justa asignación de los

CC
AD
PA SE
Cecilia

recursos y el desarrollo económico. El proceso presupuestal, en principio, esto es, salvo las excepciones introducidas en la propia Constitución, no puede ser obstaculizado con mecanismos de preasignación de rentas a determinados fines que le restan la necesaria flexibilidad al manejo de las finanzas públicas y, por consiguiente, menoscaban la función política de orientar el gasto y los recursos existentes a satisfacer las necesidades que en cada momento histórico se estiman prioritarias.

De otro lado, la proliferación de rentas de destinación específica - fenómeno al que se puede llegar con una interpretación expansiva de las excepciones -, al "feudalizar" y "lastrar" el proceso presupuestal, tienden no sólo a restarle significado político, sino que además debilita enormemente el presupuesto como instrumento de cumplimiento del plan de desarrollo. La delicada tarea de gestionar globalmente las metas del plan y hacerlas compatibles con las políticas y posibilidades reales de gasto dentro de cada vigencia fiscal, se torna en extremo difícil cuando una porción sustancial de los ingresos queda inexorablemente atada a los destinos fijados por las leyes creadoras de rentas con destinación específica que limitan por definición el ingreso de los caudales públicos a una caja común para luego, de manera racional, asegurar la ejecución ordenada y justa de las prioridades trazadas en la ley de presupuesto y en el plan de desarrollo.

Ciertamente todo gasto debe forzosamente estar contemplado en una ley; sin embargo, las leyes a que se refiere la Corte comportan un efecto adicional que consiste en atar a su satisfacción una renta del Estado o una porción de la misma. En este sentido, la ley anual de presupuesto no se limita a la posibilidad de registrar la apropiación, puesto que se conjuga aquí un título de gasto, con una orden de gasto y una destinación específica de una renta. De ahí que sólo en los casos autorizados por la Constitución sea posible darle carta de naturaleza a estas leyes que de manera tan penetrante afectan todas las fases del ciclo presupuestal.

En este caso, la Corte encuentra que con clara violación de la Constitución Política (C.P. art. 359) se ha dado por la ley una destinación específica a una renta nacional. La financiación de un establecimiento público mediante la afectación de una renta nacional con ese propósito, no encuadra en ninguna de las hipótesis excepcionales que enumera el artículo 359 de la C.P. Aunque no cabe descartar que una entidad de esta naturaleza pueda como ejecutora de programas de inversión social, resultar beneficiaria de una renta nacional, ello no podría en ningún evento admitirse al margen de una detenida sopesación de la finalidad concreta del gasto en términos de necesidades básicas insatisfechas, población objetivo, eficiencia fiscal y administrativa, mecanismos de información y control, entre otros factores que intervienen constitucionalmente en el concepto de inversión social.

Normas semejantes al artículo 359 de nuestra Constitución se encuentran en las instituciones presupuestales de otros países⁴. Y los hacendistas han explicado que la razón de ser de esta norma consiste en "salvaguardar el principio presupuestal de unidad de caja y la flexibilidad del gasto público", evitando que los recursos de cualquier clase que recibe el gobierno vayan a "compartimentos estancos" en los que puede haber, ocasionalmente, recursos sin usar, mientras que algunos programas o proyectos presupuestales de interés económico y social no pueden ejecutarse porque los recursos que podrían emplearse para ello permanecen ociosos en otras cuentas públicas⁵. Aunque hay opiniones contrarias a la

⁴ Ver, por ejemplo, Fernad Erau, Droit Budegetaire-Contabilité Publique-Credit Publique (Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1979), p. 18 y ss.

⁵ Hugo Palacios Mejía, "Introducción" en Antecedentes del Estatuto Normativo del Presupuesto General de la Nación (Bogotá: Banco de la República, 1973) pag. XV; Richard M. Bird, Director, Intergovernmental Finance in Colombia. Final Report on the Mission on Intergovernmental Finance (Cambridge, The Law School of Harvard University, 1984), p. 90; Mauricio A. Plazas Vega, Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Las ideaspólíticas de la Hacienda Pública (Bogotá: Temis, 200), p. 489 y ss.



conveniencia de adoptar una regla como la del artículo 359⁶, el hecho claro es que ella figura en nuestro estatuto constitucional y, por lo tanto, desde una perspectiva jurídica debe acatarse.

Obsérvese que el sujeto de la regla general inicial que aparece en el artículo 359 es inequívoco: ella se refiere a las "rentas nacionales", esto es a un concepto genérico. La norma no menciona "impuestos", "tasas", "contribuciones" o cualquiera otra cosa más específica. Por eso, para desentrañar su alcance es preciso buscar un texto legal autorizado que indique cuáles son las "rentas nacionales". ¿Cuál es, entonces, el texto legal autorizado, que nos permita establecer a qué rentas se refiere el artículo?

La Constitución es el texto que nos permite definir un método para identificar las "rentas nacionales" a las que se refiere el artículo 359. Para ello, debe tenerse en cuenta que el artículo 352 de la Constitución dispone:

ARTÍCULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Por lo tanto, para definir el alcance del artículo 359 de la Constitución, ella misma nos envía a la Ley Orgánica del Presupuesto.

Ahora bien, en la Ley Orgánica del Presupuesto, que actualmente se expresa en el Decreto 111 de 1996, el artículo 11 dice:

ARTÍCULO 11. El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, de los recursos de capital y de los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional.

b) El Presupuesto de Gastos o Ley de Apropriaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos.

Del literal "a" del artículo 11 se deduce que todos los ingresos corrientes de la Nación son parte del Presupuesto de "rentas"; o, en otras palabras, que todos esos ingresos corrientes son, en principio, "rentas".

Y luego, la Ley Orgánica regula en el Capítulo IV todo el "Presupuesto de rentas y recursos de capital". De modo que, en concordancia con el artículo 11 de esa Ley, todas aquellas cosas que según esa Ley son "rentas nacionales" se encuentran en ese capítulo junto con los "recursos de capital". Sin más preámbulos, porque no son necesarias más explicaciones,

⁶ Richard Byrd, op. cit. , pag 93, presenta argumentos contra ella, pero concluye (pag. 94) que crear rentas de destinación específica decrece la presión para mejorar el sistema presupuestal y hace que los prospectos para mejorar la eficiencia del sistema presupuestal sean desfavorables en el largo plazo.

COLOMBIA
SECRETARÍA DE JUSTICIA
Y DEL DERECHO

el capítulo de la Ley Orgánica que se refiere a las "rentas", comienza con el artículo 27 según el cual,

ARTÍCULO 27. Los ingresos corrientes se clasificarán en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos, y los ingresos no tributarios comprenderán las tasas y las multas (Ley 38/89, artículo 20. Ley 179/94, artículo 55, inciso 10 y artículos 67 y 71).

De modo que aquella Ley que, según la Constitución, regula todos los asuntos presupuestales, incluye los "impuestos directos e indirectos" y, en principio, las "tasas", dentro de las "rentas" de la Nación, como un "ingreso corriente no tributario". De modo que, en principio, ni los impuestos ni las tasas podrían tener destinación específica, salvo que su recaudo estuviera destinado a alguno de los propósitos previstos en el artículo 359 de la Constitución.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha analizado cómo puede armonizarse la prohibición de "tasas de destinación específica" con el segundo inciso del artículo 338 constitucional, según el cual puede haber "tasas" que tengan como propósito lograr que las autoridades recuperen los costos de los servicios prestados a los contribuyentes o que las autoridades participen en los beneficios que les proporcionen a estos. El texto del inciso segundo del artículo 338 constitucional dice:

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

La conclusión de ese análisis se encuentra en varias sentencias de la Corte y, recientemente, en la sentencia C-155 de 2016 (ponente Linares), según la cual, el hecho de que el inciso segundo del artículo 338 de la Constitución contemple la posibilidad de crear tributos con "destinaciones especiales", y, en particular, "contribuciones parafiscales" y "tasas retributivas" obliga a una interpretación sistemática de la Constitución, de acuerdo con la cual las "contribuciones parafiscales" y las "tasas retributivas" no están incluidas en la prohibición del artículo 359 constitucional. **Este, pues, se limita a prohibir "impuestos con destinación específica"**. (Las negrillas han sido añadidas) Estamos de acuerdo con esta doctrina de la Corte.

Es claro, pues, a la luz del análisis hecho, con apoyo en la Constitución, que la "sobretasa" que crea el artículo 313 de la Ley PND es una "renta nacional" y, en particular, un "impuesto". En seguida comprobaremos que tiene "destinación específica" y que tal destinación no es una de las que autoriza el artículo 359 de la Constitución, por lo que tal "sobretasa" es inconstitucional, como, con todo respeto, pedimos que se declare.

4.2.-La "destinación específica" de la "sobretasa" que crea el artículo 313 de la Constitución, no es una de las que autoriza el artículo 359 de la Constitución, por lo que el artículo 313 es inconstitucional.

El texto del artículo 313 de la Ley PND es "cierto" en cuanto al destino de los recaudos de la "sobretasa". El mismo título dice que la sobretasa es "Para fortalecer al Fondo empresarial en el territorio nacional". Y, para que no quede duda, el artículo añade luego:

La sobretasa será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional.

La "sobretasa" tiene, pues, una "destinación específica" porque el Gobierno, cuando prepare el proyecto de presupuesto, y el Congreso, cuando lo apruebe, no podrán usar los

18L
OTARAS
Historia Cedit

recaudos de esta "sobretasa" para crear cualquier tipo de apropiaciones de gasto, sino que deberán asignarlos, exclusivamente, como ordena el artículo 313, al Fondo Empresarial. Este, a su vez, no podrá usar el recaudo para hacer cualquier tipo de gastos, sino, exclusivamente, para "pagar obligaciones financieras en las que incurra el Fondo" para que las empresas de las que ha tomado posesión en cualquier parte del territorio nacional puedan prestar el servicio de energía eléctrica.

De modo que el destino de los recaudos que produzca la "sobretasa" es doblemente específico: debe usarse para fortalecer el Fondo Empresarial, pagando algunas de sus deudas financieras.

Esa "destinación específica" de los recursos que produzca la "sobretasa" del artículo 313 no es parte de las excepciones que contempla el artículo 359. En efecto:

a.-La "sobretasa" del artículo 313 no se puede destinar a pagar las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios. Solo se puede destinar al Fondo Empresarial. (Artículo 359, numeral 1, de la Constitución).

b.- La "sobretasa" del artículo 313 no se puede destinar a pagar las participaciones que, con base en leyes anteriores, la Nación asignó a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías. Solo se puede destinar al Fondo Empresarial. (Artículo 359, numeral 3, de la Constitución).

c.-La "sobretasa" no está destinada a hacer "**inversión social**". Porque, como pasamos a explicar, pagar las obligaciones financieras del Fondo Empresarial no es "inversión social", según la ley y la jurisprudencia. (Artículo 359, numeral 2, de la Constitución).

De nuevo, para definir qué es "**inversión social**", debemos apoyarnos en la Constitución, la cual, otra vez, nos indica que debemos buscar las definiciones en la Ley Orgánica del Presupuesto. Es así como el artículo 350 constitucional ordena:

ARTÍCULO 350. La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (Las subrayas han sido añadidas).

¿Dónde se ubican en el presupuesto la "inversión social" o el "gasto público social"? Y de acuerdo con el literal "b" del artículo 11 del Decreto 111 de 1996, Ley Orgánica del Presupuesto, transcrito arriba, los recursos asignados al pago de deuda de las entidades públicas deben clasificarse en forma independiente del gasto de "inversión", y del gasto de "funcionamiento".

Más aún, la sentencia de la Corte Constitucional C-317 de 1998 (ponente Cifuentes) resaltó la necesidad de atender lo que dispone sobre el asunto del "gasto público social" la Ley Orgánica del Presupuesto. Es así como el artículo 41 del Decreto 111 de 1996, que funge como Ley Orgánica del Presupuesto, indica:

ARTÍCULO 41. Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión.

De modo que el legislador entendió que el gasto público que reúne condiciones para ser catalogado como "gasto público social" es el que tiene determinados **objetivos**

Oficina de Asesoría Jurídica
Corte Constitucional

específicos, enumerados en el artículo 41. Y al comparar el texto del artículo 313 del PND con el texto del artículo 41 de la Ley Orgánica del Presupuesto, es claro que el destino de los recursos que se recauden con la "sobretasa" es el "pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial...". Ese objetivo no aparece, ni en forma indirecta, en el artículo 41 del Decreto 111, de modo que puede concluirse que, por razón de su destino, el propósito del artículo 313 del PND no puede considerarse como parte del "gasto público social".

De otra parte, el artículo 41 de la Ley Orgánica del Presupuesto, al cual nos remitió el artículo 350 constitucional, contiene otro requisito, suficiente por sí solo para concluir que la "sobretasa" del artículo 313 de la Ley PND no puede considerarse "inversión social" o "gasto público social". En efecto, el artículo 41 indica, que, según su objetivo, las apropiaciones presupuestales para "gasto público social" pueden incluirse en el "presupuesto de inversión" o en el de "funcionamiento". Pero, como hemos visto, el artículo 11 del Decreto 111 exige que las apropiaciones que tienen como objetivo el "**servicio de la deuda**" vayan en capítulo presupuestal distinto del destinado a "inversión" o "funcionamiento". De modo que las apropiaciones que se hagan para cumplir con el objetivo del artículo 313 del PND no pueden incluirse en el presupuesto de "funcionamiento" ni en el de "inversión" porque el Decreto 111 considera que el objetivo "servicio de la deuda" es distinto del objetivo del "gasto público social".

La Sentencia C-317 de 1988 complementa los textos legales con otros requisitos que no cumple el artículo 313, así:

6. Aunque pueda afirmarse que la ley demandada se limita a aplicar el criterio general de gasto público social formulado en la ley orgánica - "se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de (...) y las tendencias al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población" -, la Corte estima que la delimitación del anotado concepto debe hacerse en la ley orgánica y proyectarse de manera específica en la ley anual de presupuesto. En este caso, la ley ordinaria que se interpone entre la orgánica y la de presupuesto, pretende con base en la definición de la primera precisar su alcance definitivo. Sin embargo, en esa empresa, por lo dicho no autorizada, se expone a convertir toda erogación del presupuesto en gasto público social, puesto que en un Estado social de derecho, difícilmente las apropiaciones son ajenas - de manera inmediata o mediata - al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población. A este respecto, bastará leer con atención lo que prescriben los artículos 1 y 2 de la Constitución Política para corroborar la exactitud de este aserto.

De otra parte, según el artículo 350 de la C.P., no es suficiente atribuir a la financiación pública de una actividad el calificativo de "necesidad básica insatisfecha" para que se trate como tal, puesto que es indispensable que la misma ley establezca métodos para determinar, con miras a la distribución territorial del gasto, el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa. Si esto no se cumple, el efecto de prelación no puede darse. Si bien en cada presupuesto se expresa en términos concretos el espectro de necesidades básicas que se pretenden satisfacer y que se ampara bajo la denominación de gasto público social, el legislador orgánico en los diferentes momentos históricos tiene el deber de acuñar la categoría genérica de este componente de la ley de apropiaciones, de modo que en ella se reflejen las grandes carencias de la población y se pueda avanzar a través de los sucesivos ejercicios presupuestales en la profundización de la justicia distributiva.

.....

La "destinación específica" de la renta nacional, sin pretender que el legislador la describa en todos sus detalles, no puede simplemente coincidir con el objetivo genérico de una entidad

OTAR
vía C

pública o con la simple previsión de que dicho destino será el que corresponda al respectivo proceso de planificación. En el Estado social de derecho, las entidades que conforman el aparato público, en un gran número cumplen funciones directamente relacionadas con el bienestar de la comunidad y el cumplimiento efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En realidad, el cometido de lo público no es diferente de la efectividad de los derechos y garantías individuales y sociales. Ahora, por mandato constitucional, la planificación de la actividad estatal abarca el universo de la acción pública que, se repite, en buena parte repercute en la satisfacción de necesidades sociales, como quiera que esta es su razón de ser. Desde este punto de vista, una parte sustancial de entidades del Estado podría teóricamente estar amparado por rentas de destinación específica, mediante la simple constatación de que por su objeto pertenecen al "sector social" y que sus acciones serán las resultantes del proceso de planificación en el que se imbrica lo público y lo comunitario. De aceptarse este planteamiento, sin duda, las rentas de destinación específica, se convertirían en la regla general cuando en la Carta ellas sólo excepcionalmente pueden consagrarse por el legislador.

A juicio de la Corte la determinación de lo que constituye "inversión social", susceptible de ser financiada con cargo a una renta nacional de destinación específica, no resulta de un ejercicio semántico. Como se ha advertido por esta corporación, no siempre es fácil distinguir dentro del género gasto social, lo que tiene que ver con la inversión y lo que concierne al funcionamiento. En la práctica la aplicación de estas distinciones está sujeta a una innegable ambigüedad. Por esta razón es indispensable que si el uso de dichos conceptos se traduce en consecuencias importantes en el campo de la hacienda pública, se establezcan condiciones y presupuestos objetivos sin los cuales éstas no puedan producirse. En este orden de ideas, si el principio que prevalece debe ser el de unidad de caja, la justificación de una renta de destinación específica no puede fundarse en el simple objeto del ente, su relación con la efectividad de derechos económicos, sociales o culturales y la aplicación en su ámbito del proceso de planificación. Como ya se expresó, si lo anterior fuera por sí mismo suficiente, las rentas de destinación específica pasarían a convertirse en la regla general causando un grave desajuste a los procesos presupuestario y de planificación. Es menester, adicionalmente, probar que las necesidades sociales o el objetivo social que se pretenderían atender con cargo a una renta de destinación específica, no obstante tener carácter prioritario, no pueden razonable y adecuadamente satisfacerse a través del proceso normal de presentación, aprobación y ejecución del presupuesto y de planificación de la acción pública. En verdad, la excepción a la prohibición general sólo está llamada a tener curso favorable cuando la imperatividad y la necesidad de una determinada inversión social, arriesga objetivamente con malograrse si la misma ha de sujetarse al proceso hacendístico general.

En el caso presente, la creación de la renta de destinación específica no se sustenta en motivos que la hagan imperativa y

SECRETARÍA DE JUSTICIA
Corte Suprema de Justicia
Sala IV

necesaria, puesto que las razones que le servirían de apoyo se limitan a condiciones generales que comparte un numeroso grupo de entidades públicas: su objeto vinculado a un determinado servicio social, ya sea de manera mediata o inmediata; la relación que puede establecerse entre el objeto del ente y un determinado derecho social (deporte) y, finalmente, la aplicación de un determinado proceso de planificación, como es de rigor para cada tipo de actividad pública en el país. La válida fijación de la excepción de la renta de destinación específica, como se ha explicado, no se hace simplemente prescribiendo que un ente público se beneficiará de ella en razón de los gastos de inversión que llegare a tener o de la ejecución de los planes que en su oportunidad acordará. De este modo, sin ningún criterio sustancial y concreto de justicia distributiva, se está creando en favor de una entidad pública, por el simple hecho de pertenecer al sector de servicios sociales del Estado, un privilegio para colocarse en condiciones especiales en lo que tiene que ver con la presupuestación y ejecución del gasto. No sobra advertir que es necesario justificar la renta de destinación específica con argumentos y hechos que vayan más allá de articular conexiones formales entre el objeto del ente y un determinado derecho social, ya que si sólo dicho discurso fuera decisivo para adscribir una renta a un ente público, muchas poblaciones cuyas apremiantes necesidades vitales mínimas no son atendidas y los respectivos entes públicos que precariamente gestionan su satisfacción, entrarían a disputar el otorgamiento de una renta de destinación específica, seguramente con mayor derecho.

Según la sentencia C-317 de 1988, para que pudiera sostenerse que la "sobretasa" nacional con destinación específica que crea el artículo 313 del PND es "gasto" o "inversión social", y por eso no sujeta a la prohibición del artículo 359 constitucional, el artículo 313 debería contener criterios para determinar cómo se hará la **distribución territorial** de ese gasto, según dispone el inciso segundo del artículo 350 constitucional. Éste indica:

En la distribución territorial del gasto público social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley.

Y, a simple vista, se observa que el artículo 313 del PND no contiene ningún elemento que permita conocer cómo, si su objetivo tiende "al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población", ese gasto se distribuye en cada parte **del territorio**, de modo que contribuya al "bienestar general" al que se refiere el artículo 41 de la Ley Orgánica del Presupuesto, actual Decreto 1111 de 1996.

5.-CONCLUSIÓN DEL CARGO PRIMERO.

En síntesis: la "sobretasa" que crea el artículo 313 del PND es un "impuesto", y no una "tasa" porque, según las normas que organizan la prestación del servicio eléctrico en Colombia, y la jurisprudencia, no es una recuperación de costos de bienes o servicios entregados en forma directa por la Superintendencia a cada uno de los contribuyentes; ni es una participación en beneficios que ella les haya otorgado de la misma manera.

Y el impuesto que crea el artículo 313 del PND es inconstitucional, por cuanto tiene una "destinación especial" que no puede considerarse "inversión social" ya que (i) según su

objetivo es "servicio de la deuda", y el artículo 41 del Decreto 111 de 1996 (Ley Orgánica del Presupuesto) exige que el objetivo del "gasto social" sea de los que permiten que el gasto se pueda incluir en el presupuesto como "inversión" o "funcionamiento" (ii) no tiene las características de **especificidad** que reclama la jurisprudencia constitucional para que un gasto pueda considerarse "inversión social"; y (iii) no cumple con el requisito de **distribución territorial** que exige el segundo inciso del artículo 350 de la Constitución;

II.- SEGUNDO CARGO: LA "SOBRETASA" DEL ARTÍCULO 313 DEL PND VIOLA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, EQUIDAD, EFICIENCIA Y PROGRESIVIDAD.

Violación de los artículos 13; 95, numeral 9; y 363 de la Constitución.

1.-EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL.

El problema constitucional que plantea este cargo es doble, y consiste en determinar:

a.- Si existe un mandato constitucional imperioso, urgente e inaplazable, en virtud del cual pueda el artículo 313 de la Ley PND afectar los principios de equidad, eficiencia y progresividad gravando con la misma tarifa el consumo de un servicio público esencial que hagan los sujetos pasivos, pese a las diferentes capacidades de pago que existen entre ellos.

b.-Si, siendo la energía eléctrica un servicio **esencial** cuyo consumo tiene incidencia directa en varios derechos fundamentales, es posible gravarlo con un impuesto adicional a los que ya gravan el consumo de los mismos sujetos pasivos, para atender pasivos financieros de una Superintendencia.

La demanda sostiene que la respuesta a estos dos problemas debe ser negativa.

2.-LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES INFRINGIDOS.

Los dos primeros incisos del artículo 13 de la Constitución, violados por el artículo 33 de la Ley del PND, dicen:

ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El numeral 9 del artículo 95 de la Constitución indica que

Son deberes de la persona y del ciudadano:

9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad";

El artículo 363 constitucional señala que

El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

3.-NECESIDAD DE APLICAR UN "TEST ESTRICTO" DE PROPORCIONALIDAD.

La jurisprudencia constitucional, en sentencias tales como la C-743 de 2015 (ponente Ávila), la C-220 de 2017 (ponente J.A. Cepeda), la C-056 de 2019 (ponente Ortiz) y C-265 de 2019 (ponente Ortiz) se ha ocupado de analizar si ciertas normas que tratan **en forma desigual** a algunos contribuyentes de un mismo tributo pueden ser constitucionales si la desigualdad se justifica para alcanzar una finalidad constitucional inaplazable o urgente.

El problema se plantea porque tales normas, disminuyen o niegan las garantías de igualdad, equidad y proporcionalidad, propias del sistema tributario constitucional, a algunos contribuyentes.

La jurisprudencia ha sido uniforme en que, para resolver, frente a cada norma, ese problema constitucional, es preciso aplicar un "test estricto" de constitucionalidad, cuyos elementos principales podemos resumir así:

- a.-La finalidad de las medidas debe ser constitucionalmente imperiosa; esto es, debe ser de tal trascendencia constitucional que su realización sea inaplazable o urgente;
- b.-Las medidas deben ser efectivamente conducentes; esto es que, con un alto grado de probabilidad permitan, según la evidencia empírica existente, alcanzar el objetivo invocado;
- c.-Las medidas deben ser imprescindibles para alcanzar el propósito, esto es, que no haya alternativas que restrinjan en menor medida los principios constitucionales afectados;
- d.-Las medidas deben ser estrictamente proporcionadas, esto es, la importancia de las razones en las que se fundan deben justificar la intensidad de las restricciones que impongan sobre los principios constitucionales afectados.

En este cargo se afirma que el artículo 313 de la Ley del PND viola los principios de equidad y proporcionalidad, porque, aunque grava el consumo de un servicio público **esencial**, aplica a todos los contribuyentes la misma tarifa, sin tener en cuenta la distinta capacidad de pago que existe entre ellos y sin que exista una justificación constitucional imperiosa, urgente o inaplazable para hacerlo.

El artículo 313 del PND solo contiene un "beneficio tributario" explícito y es el que otorga a los contribuyentes de estratos 1, 2 y 3, quienes, a pesar de ser usuarios del servicio público de energía, no son "sujetos pasivos" del impuesto. Sin embargo, **no tenemos ninguna objeción contra ese aspecto del artículo**, puesto que la misma Constitución, desarrollada por las leyes 142 y 143 de 1994, ha previsto que tales usuarios puedan recibir "subsidios", no solo frente a los tributos sino, inclusive, respecto de las tarifas de electricidad.

Ahora bien: el artículo 313 de la Ley PND contiene una tarifa igual de \$4 para todos los sujetos pasivos (usuarios de estratos 4, 5 y 6; usuarios industriales y comerciales; y usuarios no regulados). Este cargo afirma que la **tarifa común**, en cuanto grava a usuarios de **muy diversa capacidad adquisitiva**, viola los principios de igualdad, equidad y progresividad. Y afirma que tal gravamen es, además, inequitativo, porque **recae sobre el consumo de un servicio público esencial**, cuando algunos de los **sujetos pasivos ya están gravados**, respecto del mismo consumo, con "contribuciones de solidaridad".

Puesto que el artículo 313 de la Ley PND afecta los principios constitucionales de igualdad, equidad y progresividad, la demanda postula que el artículo 313 de la Ley PND es inconstitucional, y que, para llegar a esa conclusión, es necesario aplicar un "test estricto" cuyo **primer requisito**, según la Sentencia C-265 de 2019, consiste en que el artículo 313 de la Ley PND persiga una finalidad constitucionalmente "imperiosa, urgente o inaplazable".

Siguiendo la jurisprudencia, **el primer requisito** de un "test estricto" de constitucionalidad se puede resumir así:

a.-La finalidad de la norma debe ser constitucionalmente imperiosa; esto es, debe ser de tal trascendencia constitucional que su realización sea inaplazable o urgente;

Si el artículo 313 de la Ley PND no cumple siquiera con **el primer requisito** ("una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable), el "test estricto" se transforma y exige demostrar, como demostraremos, que, de acuerdo con la jurisprudencia, el impuesto que crea el artículo 313 no respeta los principios constitucionales de igualdad, equidad y progresividad.

3.1.-El artículo 313 de la Ley PND no persigue una finalidad constitucional "imperiosa, urgente o inaplazable".

Según el texto del artículo 313 de la ley PND,

La sobretasa será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional.

Es posible, *prima facie*, afirmar que no existe norma en la Constitución que cree la necesidad "imperiosa, urgente o inaplazable" de crear un impuesto o impuestos para atender obligaciones financieras de una dependencia de una entidad estatal específica. Y menos cuando el Estado asume tales obligaciones financieras para beneficiar solo un grupo de empresas "en toma de posesión".

En efecto, a diferencia de la "contribución de solidaridad" que creó la Ley 142 de 1994 en los artículos 87.3, y 89, y que ratificó la Ley 143, con destino a subsidiar los consumos de servicios públicos de los usuarios más pobres, no existe conexión razonable entre el pago de deudas financieras de una Superintendencia y el principio constitucional de solidaridad o cualquiera otro. En efecto, no existe posibilidad objetiva de determinar quiénes son los beneficiarios de las deudas ni, en qué grado requerían ese endeudamiento, ni porqué, si acaso hubo un beneficio, se les otorgó por vía de endeudamiento y no de apropiación presupuestal directa de la Nación.

A diferencia del impuesto que crea el artículo 313 de la Ley PND, las contribuciones y los subsidios a los que se refieren las Leyes 142 y 143 de 1994 obedecen al explícito mandato del artículo 367 de la Constitución, de otorgar subsidios para el pago de los servicios públicos a los usuarios de menores ingresos.

¿Es necesario este tributo? Según la sentencia C-743 de 2015 (ponente Ávila) corresponde a las autoridades demostrar la necesidad de cada tributo específico.

Es cierto que el Estado tiene el deber constitucional de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos. Y es cierto que puede, para ello, en circunstancias especiales "tomar posesión" de las empresas de servicios públicos. Pero la Constitución no dispone que la Superintendencia que tome posesión tiene que "endeudarse con el sector financiero". Lo natural es que la Nación, que tiene su propia capacidad de endeudamiento, respaldada por la capacidad de crear tributos a través del Congreso, le apropie los recursos presupuestales necesarios para cumplir las tareas que la ley le encomienda.

2019
C
P/A SE
ecilia

Es probable que la Superintendencia tenga necesidad de recursos, como es usual en el sector público. Pero tal necesidad no puede invocarse como argumento para disminuir las garantías constitucionales de igualdad, equidad y progresividad tributaria, porque el pago de los pasivos específicos del Fondo Empresarial de la Superintendencia no es una necesidad constitucional "imperiosa" o "urgente":

a.-Desde la Constitución de 1991, artículo 371, se creó una facultad presidencial de inspección para que las autoridades evitaran sorpresas en cuanto a la situación financiera de las empresas de servicios públicos.

b.-Ya en la Ley 142 desde 1994 se previó la posibilidad de que las empresas de servicios públicos entraran en dificultades, y se crearon facultades para evitarlas o sortearlas.

c.-Desde la ley 142 de 1994 se creó una facultad de "toma de posesión" de empresas del servicio público, y las autoridades han podido prever las responsabilidades y gastos que ello podría ocasionar.

d.-Otras entidades del Estado, creadas para atender mandatos constitucionales, en sectores tales como la salud, la educación y la justicia también enfrentan escasez de recursos.

e.-Tal como se ha visto otras veces, cuando hay empresas del sector financiero en problemas, una intervención oportuna, haciendo a tiempo las inversiones necesarias para mejorar la eficiencia de las entidades de las que una Superintendencia "toma posesión", puede llevar a una venta rápida en la que se recuperen las inversiones. Las **dilaciones** hacen que cualquier solución sea más incierta y onerosa.

El problema de la escasez de recursos en el sector público nacional es un problema de la Nación, que no puede resolverse entidad por entidad, sino con criterios globales. Así lo determina el artículo 347 de la Constitución, según el cual:

ARTÍCULO 347. El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la **totalidad** de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

El presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente.

Según los artículos 345 y 347 de la Constitución, el financiamiento de **todos** los gastos y, entre ellos, el de la deuda pública de todas y cada una de las entidades estatales nacionales debe hacerse con **todas** las rentas de las que dispone la Nación; y en la "ley de apropiaciones" **anual** debe asignarse a cada entidad lo necesario para cubrir aquellas obligaciones que se hagan exigibles cada año.

Según el artículo 347 constitucional, si resulta que en el presupuesto de un año cualquiera las rentas de la Nación no son suficientes, por ejemplo, para pagar la deuda pública de una entidad estatal, el gobierno debe presentar un proyecto de ley para crear rentas nuevas o modificar las existentes. Con tales rentas se atenderán, entonces, el servicio de la deuda y los demás gastos presupuestales que no podían atenderse con las rentas que existían. Y además, según los artículos 76 y 77 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996) el gobierno tiene facultad para reducir muchos de los gastos presupuestales para los cuales no obtenga financiamiento; puede hacer traslado de apropiaciones y, por supuesto, puede abrir créditos adicionales, en particular para el servicio de la deuda pública (artículo 80, Decreto 111 de 1996).

MTA
Arada

Los recursos que produzca el impuesto beneficiarán al Fondo Empresarial de la Superintendencia, que, según dice la norma, asumirá o ha asumido deudas financieras para garantizar la prestación del servicio de electricidad que prestan las empresas de las que ha tomado posesión. Pero, ¿cuál es el origen de tales deudas? ¿acaso los usuarios de la electricidad de esas empresas no pagan **tarifas** por la electricidad que reciben? ¿Por qué no son suficientes esas tarifas? ¿Acaso las empresas en toma de posesión fueron mal administradas? ¿Por qué la Superintendencia toleró la mala administración? ¿Cómo se beneficiarán con este impuesto los propietarios y los malos administradores de esas empresas? ¿Quién se beneficiará de él? ¿En qué sitios del territorio nacional se encuentran los usuarios de estas empresas? ¿A qué estratos pertenecen esos usuarios o a qué actividades se dedican?

Para dar una justificación constitucional a este tributo, distinta de la necesidad de financiar todos los gastos de la Nación, y en particular para justificarlo desde una perspectiva "social", sería necesario que las preguntas anteriores se hubiesen respondido en los debates que precedieron la aprobación de la Ley 1955 de 2019 (PND), pero no hemos encontrado las respuestas.

A la luz de todas estas normas y reflexiones se advierte que no era "imperioso, urgente, o necesario" lesionar los principios de igualdad, equidad, eficiencia y progresividad, como hizo el artículo 313 del PND, para atender la deuda financiera del Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos.

De modo que el artículo 313 de la Ley PND **no satisface el primer requisito, fundamental**, de un "test estricto" de constitucionalidad, porque su objetivo no es cumplir con una finalidad constitucionalmente "imperiosa, urgente o inaplazable".

3.2.-El artículo 313 de la Ley PND viola el derecho fundamental a la igualdad, y los principios constitucionales de equidad y progresividad en asuntos tributarios, porque crea una "doble tributación" a algunas contribuyentes por el uso de un servicio público esencial.

Ahora mostraremos cómo el artículo 313 es un medio ilegítimo de alcanzar el fin que se propone porque lesiona, en concreto, el principio de "igualdad" que aparece en el artículo 13 de la Constitución; principio que, en el campo tributario constitucional, adquiere caracteres más específicos, en los artículos 95 y 363, como "equidad" y "progresividad", respectivamente.

Según la sentencia C-056 de 2019, el principio de "equidad tributaria",

13. El **principio de equidad tributaria** de que trata el artículo 363 de la Constitución opera como límite a la potestad impositiva del Legislador[16], aunque también es expresión concreta del principio de igualdad[17]. En líneas generales, el contenido de ese principio refiere a la prohibición que el orden jurídico imponga **obligaciones excesivas** o beneficios desbordados al contribuyente. En términos de la jurisprudencia, la equidad tributaria consiste en "un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión".[18] (Las negrillas no son del original).

Ante todo, debe tenerse en cuenta que el impuesto al que se refiere el artículo 313 de la Ley PND recae sobre el consumo de un servicio público domiciliario, la energía eléctrica. Tanto el artículo 4 de la Ley 142, como el 5 de la Ley 143, definieron como "**esencial**" tal servicio, pues resulta indispensable para que todas las personas puedan adelantar su vida con dignidad, y desarrollar su personalidad y otros derechos.

No hay duda de que la "tasa" (impuesto) prevista en el artículo 313 del PND permita un "recaudo eficiente", como pide el artículo 363 de la Constitución. **Pero la razón por la que este gravamen es tan "eficiente" es perversa en términos constitucionales.** Su "eficiencia" proviene de la **necesidad** que tienen las personas de usar electricidad, para asegurarse una vida digna y poder desarrollar su personalidad en la esfera económica y social. Por eso el servicio de electricidad es uno de los servicios públicos inherentes a la "finalidad social" del Estado. Hoy no es posible que las personas puedan atender la mayor parte de sus necesidades sin energía eléctrica. Por lo tanto, los usuarios gravados pagarán seguramente. Pero, según datos de la experiencia, al hacerse más oneroso ese **servicio esencial, muchos usuarios tendrán que reducir el consumo, sin que sea posible afirmar que esa reducción afecta de la misma manera el bienestar de todos.** Hay una gran inconsecuencia en el hecho de que "para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión", es decir, para que solo esas empresas puedan proporcionar un servicio público "inherente a la finalidad social del Estado", éste no encuentre mejor alternativa que gravar con un nuevo tributo el consumo del servicio, ya gravado, que prestan todas las empresas.

De otra parte, la Sentencia C-056 de 2019 declaró que la "**doble tributación**" es contraria a los principios de justicia y equidad tributaria. Por eso es preciso subrayar que el consumo de energía de los sujetos pasivos de estratos 5 y 6, y los industriales y comerciales, y los no regulados, a los que se refiere el artículo 313 del PND, **ya está gravado** con unas contribuciones que tienen como objetivo otorgar subsidios a los usuarios de menores ingresos. El artículo 313 del PND crea un caso de "**doble tributación**" respecto de esos sujetos, y viola, así, los principios de justicia y equidad.

En efecto, los numerales 87.3, 89.1, 89.2, y 89.3 de la Ley 142; y el artículo 6, el literal h) del artículo 23, y el artículo 47 de la Ley 143 crearon la obligación, a cargo de los usuarios de servicios públicos domiciliarios, de estratos 5 y 6 e industriales y comerciales, de pagar un impuesto sobre el valor de sus consumos, con destino a financiar subsidios de personas de estratos 1, 2, y 3. El artículo 47 de la Ley 143 y el 5 de la Ley 286 añadieron como contribuyentes a los "usuarios no regulados".

En el impuesto que regulan ambas leyes, la obligación tributaria nace del hecho de ser un usuario del servicio de energía, que consume electricidad. Por eso, el artículo 313 del PND, en donde el hecho generador es el consumo de electricidad, acumula **un impuesto sobre otro, respecto de estos mismos contribuyentes**, y lo crea para los usuarios del estrato 4.

Tratándose de un impuesto sobre un servicio público "esencial", este es un evento de "**doble tributación**", contrario a la **equidad**, pues la "doble tributación" sobre un mismo consumo de un servicio **esencial**, a cargo de los mismos sujetos, no es un evento que ocurra a los contribuyentes de otros tributos en Colombia porque, entre otras cosas, la jurisprudencia lo ha proscrito.

3.3.-El artículo 313 de la Ley PND viola el derecho fundamental a la igualdad, y los principios constitucionales de equidad y progresividad en asuntos tributarios, porque no tiene en cuenta las diferencias en capacidad de pago de los diversos contribuyentes por el uso de un servicio público esencial.

Ahora mostraremos, desde otra perspectiva, cómo el artículo 313 es un medio ilegítimo de alcanzar el fin que se propone porque lesiona, en concreto, los principios de "equidad y progresividad" a los que se refiere el artículo 363 de la Constitución.

Todos los "sujetos pasivos" del impuesto que crea el artículo 313 de la Ley del PND tienen una característica común: son usuarios del servicio público **esencial** de electricidad.



De resto, difieren en todo: en los estratos de los inmuebles en los que realizan el consumo (4, 5 y 6), en actividad económica (industriales y comerciales), y en su libertad de negociación de los precios de energía (usuarios no regulados).

Sin embargo, todos deben pagar la misma tarifa, \$4.00 por kilowatio hora consumido.

El hecho de que todos los sujetos pasivos deban pagar la misma suma por kilowatio consumido implica que, para las personas de menor capacidad adquisitiva, el sacrificio que les ocasiona el impuesto para adquirir electricidad es mayor que el sacrificio que experimentan los usuarios de electricidad que gozan de una capacidad adquisitiva más alta. Esta es una aplicación de lo que, pacíficamente, los economistas denominan "Ley de Utilidad Marginal decreciente de los bienes"⁷. La "igualdad formal" aparente se rompe al tener en cuenta que, **por que existen diferencias de ingreso entre los contribuyentes de los diversos grupos**, las sumas que paga el usuario con menor capacidad lo impactan más, comparativamente, que lo que impactan al usuario de mayor capacidad las sumas que paga. Por este motivo, el artículo 313 del PND afecta los principios de "igualdad y progresividad".

Debe advertirse que el artículo 313 de la Ley PND crea un impuesto "directo", según la clasificación que ha hecho la Corte Constitucional (Sentencias C-209 de 2016, ponente Palacio; y C-426 de 2005, ponente Monroy). En efecto, sus sujetos pasivos son fácilmente determinables como "consumidores de electricidad" y como pertenecientes a los "estratos 4, 5 y 6, o con actividades industriales y comerciales" o como "no regulados". Por lo tanto, siendo determinables los "sujetos pasivos" con base en el texto del artículo 313, el artículo 363 constitucional exigía que este impuesto incluyera tarifas progresivas con base en la capacidad de pago de cada uno (Sentencia C-209 de 2016).

Así las cosas, el artículo 313 de la Ley PND viola el derecho fundamental a la igualdad, a la equidad y a la progresividad porque, sin tener una finalidad constitucional "imperiosa, urgente o inaplazable", grava con **la misma tarifa** a usuarios de un **servicio público esencial con capacidad económica distinta**.

El texto del artículo 313 de la Ley PND establece un factor de igualdad entre los sujetos pasivos del impuesto que crea -usuarios de electricidad de los estratos 4, 5 y 6, e industriales y comerciales, y "no regulados"- por cuanto se refiere a todos ellos como consumidores de electricidad.

Pero, al mismo tiempo, el artículo 313 de la Ley PND acepta, explícitamente, que entre esos mismos usuarios existen diferencias, por cuanto el artículo se refiere a unos de ellos como pertenecientes a tres distintos estratos -4, 5 y 6-; a otros los diferencia por razón de su actividad económica -usuarios industriales y comerciales-; o por el hecho de que su consumo es tan alto que los precios a los cuales negocian electricidad con las empresas "no son regulados".

Pese a reconocer, explícitamente, que hay diferencias entre los diversos tipos de contribuyentes consumidores de electricidad, el artículo 313 impone a todos ellos un impuesto con una tarifa común: \$4 por kilowatio hora consumido.

Entre los usuarios de los estratos 4, 5 y 6 existen diferencias de ingreso y de capacidad económica tan importantes que han justificado que el legislador los ubique en diversos estratos. La distinción entre estratos tiene origen legal, y aunque puede no ser perfecta como indicador, no es arbitraria. Por eso, de tiempo atrás, en sentencias como la C-1371 del año 2000, de la cual fue ponente Álvaro Tafur Gavis, la jurisprudencia constitucional ha tomado nota de que la estratificación es un instrumento mediante el cual se busca tener

⁷ Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, Economía (Madrid: McGraw-Hill/Ineramericana de España S.A., 1996), Trad. de la Décima quinta edición inglesa, pag. 74 y ss; y José Castañeda, Lecciones de Teoría Económica (Madrid: Aguilar, 1968), pp. 105 y ss.



un indicador del nivel de ingresos y de la capacidad de pago de las personas. A tal sentencia pertenecen las siguientes citas:

En ese orden de ideas, la estratificación aparece como un instrumento que permite conocer las características de las propiedades inmuebles, así como el nivel de ingresos y la capacidad de pago de las personas constituye un estudio técnico que facilita la categorización social y económica por estratos en una localidad determinada de la masa poblacional que la habita y por medio de sus viviendas, desde la óptica de las condiciones objetivas similares de esos inmuebles y con base en una realidad material demostrable.

En consecuencia, la estratificación arroja información sobre la capacidad económica de las personas, ...

El artículo 313 de la Ley PND vulnera en forma arbitraria los "principios de igualdad, equidad y progresividad" porque grava con la misma tarifa de \$4 -y sin la "progresividad" que exige el artículo 363 constitucional en aquellos impuestos cuyos sujetos pasivos pueden identificarse con base en criterios objetivos y transparentes- a todos aquellos usuarios de electricidad cuyos domicilios están clasificados en los estratos 4, 5 y 6.

En efecto, el artículo 313 no tiene en cuenta que la ley diferencia entre **estratos precisamente** porque busca de esa manera tener un indicador de la **capacidad de pago** de las personas que utilizan los inmuebles respectivos. Es **arbitrario** usar como definición de un grupo de "sujetos pasivos" de un impuesto que tiene una **tarifa única**, un criterio que la ley diseñó, **especialmente**, para distinguir las diferencias en la capacidad de pago de tales sujetos pasivos.

Además, el artículo 313 de la Ley PND vulnera el "principio de igualdad" porque grava con la misma tarifa de \$4 -y sin la "progresividad" que exige el artículo 363 constitucional en aquellos impuestos cuyos sujetos pasivos pueden identificarse con base en criterios objetivos y transparentes- a todos aquellos usuarios de electricidad que tienen **actividades industriales y comerciales**, sin tener en cuenta, de la misma manera, las diferencias en las capacidades de pago entre quienes se dedican a esas actividades. En efecto, entre los usuarios que desarrollan actividades "**industriales**" hay desde pequeñísimos talleres hasta grandes empresas; y entre los que desarrollan actividades "**comerciales**" hay desde tiendas de barrio hasta empresas que atraen grandes inversiones extranjeras y que disponen de cadenas de supermercados o de almacenes de otros bienes en múltiples ciudades del país y del exterior.

La **disparidad en ingresos en el grupo de las empresas industriales**, y en el de las comerciales, ha sido reconocido por el gobierno mediante el Decreto 957 de 2019. Este Decreto clasificó las empresas **industriales** (manufacturas) en tres grupos: microempresas, que tienen ingresos hasta de \$811 millones de pesos anuales; pequeñas, con ingresos entre \$811 millones y hasta \$7.027 millones; y medianas, desde \$7.027 hasta \$59.527 millones⁸.

En el sector **comercio**, el **Decreto 957 reconoce también la diferencia** entre los ingresos de estos tres grandes grupos, así: microempresas, hasta \$1.535 millones anuales; pequeñas, desde \$1.535 millones hasta \$14.781 millones; y medianas, desde \$14.781 millones hasta \$74.066 millones.

Según el Decreto 957, son "grandes empresas" aquellas que tienen ingresos mayores al rango superior de las medianas empresas.

Vistas las **enormes diferencias en ingresos que existen en el interior del grupo de contribuyentes "industriales"**, y en el interior del grupo de contribuyentes

⁸ En el Decreto, las cifras se expresan en Unidades de Valor Tributario, o UVT. La conversión a pesos se ha hecho con cifras de junio de 2019.

"comerciales", resulta **arbitrario** someterlos a todos al mismo gravamen por razón de su consumo de un servicio público **esencial**. Por eso el artículo 313 del PND viola los principios de "igualdad, equidad y progresividad" constitucionales.

Además, el artículo 313 de la Ley PND vulnera el "principio de igualdad" porque grava con la misma tarifa de \$4 -y sin la "equidad y progresividad" que exige el artículo 363 constitucional en aquellos impuestos cuyos sujetos pasivos pueden identificarse con base en criterios objetivos y transparentes- a todos aquellos usuarios de electricidad con consumos superiores a 2 Mw lo que lleva a que sus compras de electricidad se hagan con precios "**no regulados**" (Arts. 11 y 47 de la Ley 143). También, en el interior de este grupo hay diferentes capacidades de pago; y, por supuesto, la hay frente a los usuarios industriales y comerciales regulados; y, por supuesto frente a los usuarios de cada uno de los estratos 1, 2, y 3.

Tratar como iguales a los que son desiguales, es, en principio, un trato sospechoso de violar el artículo 13 de la Constitución, pero que se advierte plenamente como inconstitucional cuando ese trato se produce en asuntos relacionados con impuestos directos, sobre uso de servicios públicos **esenciales**, en los que los artículos 95, numeral 9, y 363 de la Constitución complementan el artículo 13 para exigir que la igualdad se respete introduciendo la "equidad y progresividad" de las tarifas.

La "progresividad" tarifaria, ausente en el artículo 313 de la Ley del PND, sería el instrumento para conseguir que la igualdad entre los sujetos pasivos, proveniente de su característica común de "consumidores de electricidad", se mantuviera como resultado económico a pesar de las diferencias entre estratos, actividades económicas, y condición de "no regulados". Para cumplir con los principios constitucionales, la tarifa para el impuesto del estrato 4 debería haber sido inferior a la del estrato 5 y la de éste inferior a la del estrato 6. La tarifa para las actividades industriales debería haber sido diferente, por lo menos, entre cada uno de los 4 grupos que ha tomado en cuenta el Decreto 957; y lo mismo vale decir para la tarifa de los usuarios "comerciales". Y para establecer la tarifa de los usuarios "no regulados" debió tomarse en cuenta algún indicador de capacidad de pago.

De modo que el artículo 313 de la Ley PND viola los artículos 13; 95 numeral 9; y 363 de la Constitución porque no incluye una tarifa "equitativa y progresiva" entre usuarios que tienen capacidades económicas distintas, al gravar el consumo de un servicio público **esencial**.

4.-CONCLUSIÓN DEL CARGO SEGUNDO.

En síntesis de las razones expuestas, debemos concluir que el fin del artículo 313 de la Ley PND -pago de las obligaciones financieras de una Superintendencia para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas en "toma de posesión"- no justifica la afectación que el impuesto hace sobre los principios de igualdad, equidad y progresividad que deben caracterizar las leyes tributarias y en particular una que recae sobre un servicio público esencial.

El Estado disponía y dispone de otros medios constitucionales para asignar recursos a la Superintendencia: puede lograr créditos presupuestales adicionales, hacer traslados en el presupuesto, y hacer recortes de gastos, como autoriza, en forma explícita, el Decreto 111 de 1996, orgánico del presupuesto.

Corresponde a las autoridades demostrar la necesidad de este impuesto (Sentencia C-743 de 2015); sin la información de que ellas disponen, lo que puede entreverse es que el fin que el artículo 313 del PND persigue no es otro que financiar la improvisación y morosidad de las autoridades. Ellas sabían desde 1994 que las empresas que prestan los servicios públicos pueden entrar en falencia, y que la Superintendencia puede vigilarlas para no tener sorpresas, y que puede ser necesaria una "toma de posesión", que implica gastos.

OMBLA
SENTENCIA
C-743/15

Una intervención oportuna, haciendo **a tiempo** las inversiones necesarias para mejorar la eficiencia de las empresas de las que las autoridades toman posesión, puede llevar a una venta rápida en la que se recuperen las inversiones. Las dilaciones hacen que cualquier solución sea más incierta y onerosa.

Es contrario a la Constitución, por lo tanto, que, por problemas de gestión de unas empresas prestadoras del servicio público de electricidad, que debieron ser previstos y evitados por las autoridades, se cree una nueva imposición tributaria, que no consulta la capacidad de pago de los contribuyentes, y que somete a "doble tributación" a algunos de ellos; cuando todos ellos, además, pagan "tarifas" por la energía -servicio público **esencial**- que consumen.

La improvisación y la falta de diligencia no pueden remediarse sacrificando los principios de igualdad, equidad y progresividad de los tributos.

III.- TERCER CARGO: EL ARTÍCULO 313 DEL PND INCURRE EN OMISIÓN RELATIVA Y VIOLA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LEGALIDAD POR NO ESTABLECER, EN FORMA DIRECTA O POR REFERENCIA, PROCEDIMIENTOS EFICACES PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE CONTRIBUYENTES Y COMERCIALIZADORES; Y UNA DEFINICIÓN CIERTA Y DIRECTA, DEL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO QUE CREA.

Violación de los artículos 13; 29, 89 y 338 de la Constitución.

1.-LA NORMA ACUSADA DE OMISIÓN.

Aunque arriba, en esta demanda, transcribí el artículo 313 de la Ley del PND, vuelvo a hacerlo para que pueda apreciarse con más facilidad este cargo:

ARTÍCULO 313°. SOBRETASA POR KILOVATIO HORA CONSUMIDO PARA FORTALECER AL FONDO EMPRESARIAL EN EL TERRITORIO NACIONAL. A partir de la expedición de la presente Ley y hasta el 31 de diciembre de 2022, créase una sobretasa nacional de cuatro pesos moneda legal colombiana (\$4 COP) por kilovatio hora de energía eléctrica consumido, que será recaudada por los comercializadores del servicio de energía eléctrica y girada al Fondo Empresarial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sobretasa será destinada al pago de las obligaciones financieras en las que incurra el Fondo Empresarial para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica de las empresas de energía eléctrica en toma de posesión en el territorio nacional. El hecho generador será el kilovatio hora consumido, y los responsables del pago de esta sobretasa serán los usuarios de los estratos 4, 5 Y 6, los usuarios comerciales e industriales y los no regulados del servicio de energía eléctrica. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reglamentará el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo.

El servicio de transporte masivo que se mueva con energía eléctrica estará excluido de la sobretasa de la que trata el presente artículo.

2.-EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL

La Corte debe decidir si el artículo 313 de la Ley del PND, para cumplir con los artículos 29, 89 y 338 de la Constitución, debió incluir una definición cierta y directa del "sujeto

de Turbay
REPUBLICA
BO

pasivo" del impuesto; y si debió incluir reglas de procedimiento para que los contribuyentes y los comercializadores dispongan de un "debido proceso" que les permita proteger sus derechos individuales y controvertir los actos administrativos en los que se les exijan las obligaciones que el artículo 313 les impone, ya que no existe un régimen legal adecuado y eficaz para ello, y la facultad reglamentaria no permite subsanar la omisión.

La demanda sostiene que el artículo 313 de la Ley PND debió incluir tales reglas para cumplir con los artículos 29, 89 y 338 de la Constitución. Y que, como no lo hizo, sin que el vacío pueda suplirse con la aplicación de otras normas sobre sujetos pasivos, y procedimiento administrativo, tributario o de servicios públicos, o con la expedición de reglamentos, los contribuyentes del impuesto que crea el artículo 313 de la Ley del PND y los comercializadores han sido colocados en situación de desigualdad e inequidad frente a los contribuyentes de otros impuestos, por lo que el artículo debe ser declarado inconstitucional e inexecutable.

3.-LAS NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS.

El artículo 13 de la Constitución dice:

ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El texto del artículo 29 constitucional es:

ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

El texto del artículo 89 constitucional es:

ARTÍCULO 89. Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

El texto del artículo 338 de la Constitución dice así:

ARTÍCULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

4.-LA INCONSTITUCIONALIDAD POR "OMISIÓN RELATIVA" EN LA JURISPRUDENCIA.

La jurisprudencia constitucional (Sentencia C-189 de 2018, ponente Lizarazo) ha determinado que cuando se acusa una norma por "inconstitucionalidad por omisión" debe cumplirse con los siguientes requisitos:

Y cuando se alega omisión legislativa, se impone al demandante demostrar "(i) la existencia de una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o en general, que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con el Texto Superior, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que en los casos de exclusión la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado de la inobservancia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador"[17].

Y, en concordancia con la sentencia anterior, y con la línea jurisprudencia de la Corte sobre la materia, la Sentencia C-191 de 2019 (Ponente Pardo), explicó:

2.3.1 La jurisprudencia pacífica y reiterada de esta Corporación ha afirmado que el legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución, no solo al expedir una norma que resulte contraria a los preceptos superiores, sino cuando, además, omite acatar el imperativo constitucional de regular determinada situación[8].

2.3.2 En desarrollo de lo anterior, la Corte ha diferenciado entre las omisiones legislativas absolutas y las omisiones legislativas relativas. Respecto de las primeras, la Sala Plena ha precisado que se presentan cuando existe total inactividad del legislador sobre la materia en la que se exige su intervención, por lo que, ante la ausencia de norma sobre la cual pueda recaer el juicio de constitucionalidad, aquella carece de competencia para decidir de fondo[9]. Sobre las segundas, es decir, sobre las omisiones legislativas relativas, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que se presentan cuando el legislador sí ha regulado el asunto, pero lo ha hecho de forma incompleta, por la ausencia de un aspecto normativo específico en relación con el cual existe el deber constitucional de adoptar determinadas medidas legislativas[10].

2.3.3 Así, de manera general, para que se configure una omisión legislativa relativa, es necesario que exista una norma constitucional que contenga un mandato claro y determinado de regular una situación —«Es decir, se trata de deberes normativos que resultan ajenos al margen de apreciación otorgado al legislador, quien no puede, por consiguiente, excluirlos de la ley por consideraciones de necesidad o conveniencia»—[11], y que el legislador haya incumplido su deber de incluir el elemento señalado por la Carta en la norma vigente.

5.-SUSTENTACIÓN DEL CARGO POR OMISIÓN RELATIVA.

En seguida, en diferentes subcapítulos, mostraré cómo la omisión en la que incurre el artículo 313 de la Ley del PND implica que se cumplen todos y cada uno de los requisitos que la jurisprudencia exige para que se pueda declarar su inconstitucionalidad por omisión.

5.1.-La norma sobre la cual recae el cargo.

El cargo se dirige contra el artículo 313 del PND, transcrito arriba. En ese artículo se pueden observar los siguientes hechos:

- a.-Crea un impuesto nuevo; impuesto distinto de las “contribuciones de solidaridad” o de cualquiera otro que recaiga sobre el consumo de electricidad.
- b.-Omite incluir directamente o por referencia el significado del concepto “usuario consumidor de electricidad”, que es la única referencia que contiene a los “sujetos pasivos” del impuesto que crea;
- c.-Omite incluir norma alguna relacionada con el procedimiento mediante el cual los contribuyentes y los comercializadores pueden controvertir los actos administrativos que afecten sus obligaciones o derechos sustanciales derivados de este impuesto nuevo.
- d.-Omite referirse a cualquier otra norma procedimental que los contribuyentes o los comercializadores pudieran usar también para controvertir las obligaciones sustanciales que surjan del artículo, o para proteger los derechos que se deriven de él.
- e.-Las únicas reglas que contiene relacionadas con aspectos procedimentales se refieren al “**recaudo**”, que será hecho por los comercializadores del servicio de energía; y al “**giro**” que se hará al Fondo Empresarial de la Superintendencia.

f.-Ordena a la Superintendencia "reglamentar el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto" en el artículo. Pero no indica los límites dentro de los cuales tal orden puede cumplirse, aunque, como explicaré adelante, la jurisprudencia ha fijado los límites dentro de los cuales pueden otorgarse facultades para "reglamentar procedimientos".

5.2.-Omisión de condiciones esenciales para armonizar el texto legal con los mandatos de la Constitución.

El artículo 313 omite incluir una condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el "deber de contribuir" que el artículo crea a los "usuarios" -nunca definidos-, y el "deber de recaudar y girar" que impone a los "comercializadores", con los mandatos constitucionales sobre "debido proceso" (artículo 29 de la Constitución), y sobre los "procedimientos" necesarios para que las personas puedan presentar "recursos" y proteger sus derechos individuales contra los actos y omisiones de las autoridades públicas (artículo 89 de la Constitución).

Para reconciliar las obligaciones que el artículo creó, y los requisitos que exige el artículo 338 constitucional, y los derechos constitucionales aludidos, era necesario que el artículo, directamente o por referencia a otra norma legal, definiera los "**sujetos pasivos**" en forma directa y cierta; y que estableciera **competencias** para determinar el monto, la forma y la oportunidad para cumplir la obligación tributaria; la forma y la oportunidad de cumplir con las obligaciones de recaudo y giro; y la forma de recurrir y presentar pruebas para controvertir los actos administrativos en los que se ejercieran las competencias aludidas.

En el caso concreto, ni los procedimientos que regula la Ley 1437 de 2011 (CPACA), ni las leyes 142 y 143 contienen procedimientos aplicables para los efectos aludidos. En efecto, dada la peculiaridad de los procedimientos legales que se aplican en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, esos procedimientos no se pueden trasladar a los que hace necesarios el artículo 313 del PND para garantizar a las personas obligadas por el 313 el derecho al debido proceso y a la igualdad.

En seguida explico este cargo desde una perspectiva más general.

Para que las obligaciones que una ley crea de modo general puedan exigirse a un particular, - a un "sujeto pasivo"- que considera que no está vinculado por ellas, es necesario que exista un acto particular, administrativo o judicial, que determine para el caso concreto la existencia de la obligación.

La producción del acto administrativo o judicial pertinente requiere un trámite, en donde el particular pueda controvertir las razones y las pruebas que presente la administración; tal trámite, según el artículo 29 de la Constitución, debe estar regulado **en la Ley**.

Pero el artículo 313 de la Ley PND no contiene regla, o referencia a reglas, en virtud de las cuales los contribuyentes -sujetos pasivos- que consideren necesario controvertir el cobro que se les haga de este impuesto; o los comercializadores que deban controvertir la forma o plazos en que se les exija hacer el "recaudo" a unos usuarios o a otros, o "girarlo", puedan hacerlo.

Para casos como el del artículo 313, el artículo 338 constitucional exige, ante todo, una definición directa y cierta acerca de quiénes son los "**sujetos pasivos**". Y el artículo 313 del PND no la contiene, ni se refiere, para llenar el vacío, a las leyes 142 y 143, cada una de las cuales tiene su propia definición de "usuario", hecha, cada una, con perspectivas irreconciliables con la de la otra.

Además, el artículo 89 de la Constitución dispone que **la ley** debe establecer "**los recursos**" y los "**procedimientos necesarios**" para que las personas puedan proteger sus derechos individuales frente a la acción u omisión de las autoridades públicas. El artículo 313 de la Ley PND no contiene ninguna regla sobre esta materia, ni directamente, ni por referencia. Contiene sí una facultad reglamentaria para la Superintendencia, facultad que, según la jurisprudencia, no puede extenderse a "recursos" ni "obligaciones sustanciales".

Los comercializadores de energía reciben en el artículo 313 del PND la misión específica de "recaudar" el impuesto. Tal atribución supone que alguien competente ha determinado, desde antes, quién debe pagar, cuánto, y cuándo. ¿Qué norma legal define cuál es la autoridad **competente** para determinar quién debe pagar, cuánto y cuándo? ¿Puede usarse la factura del servicio como acto de determinación? ¿Debe usarse un documento distinto? ¿Cómo notificar o comunicar el inicio del trámite de determinación del impuesto para elaborar la factura?

El artículo 313 no confiere a los comercializadores competencia para definir quién está obligado a pagar, ni los montos, ni los plazos; ni indica de qué **recursos** disponen los inconformes, ni cuándo ni ante quién pueden interponerse. Y, por lo tanto, no se les puede imputar responsabilidad a los comercializadores por cualquier cosa que hagan distinta de "**recaudar**", lo que alguien, antes, les haya ordenado recaudar de alguien, dentro de cierto plazo.

Tampoco contiene el artículo 313, ni directamente ni por referencia, un procedimiento para que los comercializadores puedan cumplir su función de "recaudar" (¿cada cuánto? ¿cómo? ¿pueden iniciar procesos ejecutivos? ¿Con qué título? ¿Con qué procedimiento?) ¿Qué hacer cuando alguien controvierta el monto de la factura pero no el número de kilowatios facturados? ¿Cuándo y cómo pagar el impuesto en ese caso?

Aunque el artículo 313 de la Ley PND crea un "impuesto "nacional" y no una "contribución parafiscal", son aplicables a este caso las doctrinas de la Corte Constitucional, en la sentencia C-085 de 2014 (ponente Rojas), cuando dijo:

En armonía con las anteriores consideraciones, y de específica relevancia para el problema jurídico que ahora resuelve la Sala, se ha reconocido que el proceso por el cual la administradora de contribuciones parafiscales determina el monto de la deuda que tiene el sujeto pasivo, constituye una actuación administrativa que, en tanto ejercicio de función administrativa, culmina con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo⁹.

.....

Otro caso que resulta relevante para el problema que ahora se estudia es el que se resolvió respecto de las contribuciones parafiscales en materia de salud, cuyo cobro se establece -con similares parámetros a los del caso ahora estudiado- por parte del artículo 24 de la ley 100 de 1993. Dicha disposición¹⁰ prevé que "[c]orresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida

⁹ Principio de decisión manifestado cuando fue sometido a la consideración de la Sección Cuarta un caso en que se presentó acción de nulidad contra la *conformidad con el monto de deuda* expedida por la DIAN, y no contra el acto expedido por el administrador del Fondo. Sección Cuarta, Consejo de Estado, Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicación 17702.

¹⁰ Que actualmente se debe leer en conjunto con los artículos 178 y 179 de la ley 1607 de 2012, pero, para nuestro argumento, resulta de plena relevancia la decisión aludida.

el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo". Con ocasión de un problema en la aplicación de esta disposición, la Sección Cuarta del Consejo de Estado estableció que el procedimiento para determinar la deuda por el no pago de las contribuciones parafiscales era una actuación administrativa y que, por consiguiente, la liquidación hecha por los administradores de los recursos parafiscales de la salud consiste en un acto administrativo que presta mérito ejecutivo.

.....

De lo hasta ahora analizado, puede concluirse que con fundamento en los casos análogos como el previsto por el artículo 46 de la ley 101 de 1993; en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y en la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado ahora referida:

Los particulares que recaudan y administran recursos parafiscales ejercen **funciones administrativas;**

Los actos que se realizan en pos de lograr el pago de las deudas de aportes parafiscales son **actos administrativos;** y

Dichos actos administrativos deben ser fruto de una actuación administrativa, en la cual se respete los elementos que configuran el derecho al debido **proceso administrativo.**

5.2.a.-La Ley 1437 de 2011 (CPACA) no soluciona las omisiones del artículo 313 de la Ley del PND.

En la sentencia C-085 de 2014 la Corte definió que la norma acusada, que creaba una contribución, no contenía regla alguna procedimental que permitiera adelantar la actuación administrativa necesaria para determinar su monto. Pero la Corte decidió que, en vista de que la Ley 1437 de 2011 (CPACA) regula **todas** las actuaciones administrativas para las cuales no haya procedimiento especial, esta ley era directamente aplicable según sus términos, y no por decisión de la Corte, para regular lo relativo al cumplimiento de la obligación tributaria a la que se refería la controversia.

La decisión que se tomó en el caso al que se refiere la sentencia C-085 de 2014 es correcta, puesto que, **en el caso al que se refería la controversia,** no se advertía dificultad en aplicar el CPACA y, de ese modo, garantizar un debido proceso efectivo para proteger los derechos de las personas involucradas.

Sin embargo, esa solución no podría aplicarse para remediar la omisión que creó el artículo 313 de la Ley PND, por las razones que paso a explicar.

El artículo 4 de la Constitución señala:

ARTÍCULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

El artículo 1 del CPACA indica que :

Las normas de esta Parte Primera tienen como **finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y**



demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

Voy a explicar cómo la aplicación de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), **en este caso concreto**, llevaría a dejar sin protección los derechos de los contribuyentes y de los comercializadores. Y por eso, concluiré que el artículo 4 de la Constitución obliga a aplicar, **en este caso concreto**, la Constitución por encima de la Ley 1437 de 2011, no porque ésta sea inconstitucional sino porque su aplicación haría que se violaran los artículos 29 y 89 de la Constitución en perjuicio de los contribuyentes y de los comercializadores. Explicaré que la solución, por supuesto, no consiste en declarar la inconstitucionalidad de la Ley 1437 de 2011 sino a declarar la **inconstitucionalidad por omisión** del artículo 313.

Además, puesto que **la finalidad** de las normas de la primera parte del CPACA es "proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución", el CPACA, pese a lo dispuesto luego en el inciso final de su artículo 2, permite que no se lo aplique cuando, **en la práctica**, su aplicación llevaría a violar derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho al "debido proceso", o a la igualdad.

En tal situación, **lo que procede es declarar la inconstitucionalidad por omisión**, pues aplicar las normas generales sobre procedimientos administrativos llevaría, en este caso concreto, a dejar desprotegidos derechos constitucionales de las personas.

Paso ahora a explicar, con más detalles, porqué la Ley 1437 de 2011 (CPACA) no permitiría, **en la práctica**, aplicar el artículo 313 cumpliendo con los artículos 29 y 89 de la Constitución, dada la peculiaridad de las reglas legales que organizan la prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

La fuente de las dificultades para aplicar la Ley 1437 consiste en que las Leyes 142 y 143 de de 1994 estructuran las relaciones entre las empresas prestadoras del servicio y los usuarios por medio de contratos entre particulares, en los que, en parte sustancial, juega la libre voluntad de las partes, y en donde las empresas operan bajo el régimen del derecho privado. Por el contrario, el artículo 313 de la Ley del PND es una norma de derecho público tributario, cuya ejecución corresponde a funcionarios públicos y en donde la voluntad privada no tiene cabida.

Los procedimientos administrativos generales regulados por la Ley 1437 de 2011 no pueden llenar el vacío del artículo 313 de la Ley PND porque, **ante todo**, ellos suponen, en concordancia con el artículo 29 constitucional, que las actuaciones administrativas estén a cargo de una persona cuya **competencia** para iniciarlas y concluiras esté definida de antemano en la Ley. Y tal atribución de **competencia**, en relación con este tributo nuevo, no aparece en el artículo 313, ni puede crearse con base en la Ley 1437 de 2011, ni por reglamento o analogía.

Para aplicar la Ley 1437 de 2011 a los procedimientos administrativos que haría necesario el artículo 313 sería necesario definir primero -sin norma alguna de la Ley 1437 que permita llegar a una definición- quién es la **autoridad competente** para determinar el monto del impuesto y para definir, en la práctica, quiénes son los usuarios a los que se dirige el cobro.



En efecto, el concepto de "usuario" de un servicio público no tiene definición de uso común, ni, hasta donde conozco, definición legal distinta de la que aparece en los numerales 14.33 de la Ley 142 y en el artículo 11 de la Ley 143.

Estas **definiciones son irreconciliables entre sí**, porque las primeras se basan en el concepto de "beneficio" a una persona, con independencia de la razón por la cual recibe ese beneficio; mientras que las definiciones de la Ley 143 se basan en **el título** por el cual se recibe el servicio -la compra- prescindiendo de quién o cómo se beneficie por ella.

Así, la definición de la Ley 142 se aplica a varias personas (propietarios de un inmueble, receptor directo del servicio) e incluye también al "suscriptor" (numeral 14.31 y artículos 130, 137, 140, 146, 147 y otros varios de la Ley 142). La ley misma permite que se consideren situaciones de "multiusuario" (edificios, inquilinatos, centros comerciales, etc, como se analizó en el artículo 24 en la Resolución 108 de 1997 de la Creg, entre otras normas).

Del mismo modo, las definiciones de "usuario" en el artículo 11 de la Ley 143 se aplicarían a varias personas diferentes.

Y, por supuesto, como el artículo 313 de la Ley PND no define cuál es la persona **competente** para hacer la determinación del tributo que ha de "recaudar" el comercializador, ni quién es el **usuario** que ha de pagar, no es posible, con base en la Ley 1437 de 2011 definir ante quién se interpone el recurso de reposición al que se refiere el artículo 74 de la Ley 1437, ni quién es el inmediato "superior" ante el que debería imponerse el recurso de apelación. No es posible, entonces, por la omisión del artículo 313, definir con base en la Ley 1437 de 2011 lo relativo a los "recursos" necesarios para proteger los derechos de **los usuarios** respecto del tributo que crea ese artículo; y ello debería aparecer en la ley de procedimiento que se usara para determinar las obligaciones y derechos surgidos de él, según los artículos 89 y 29 de la Constitución.

Aparte de estos argumentos relacionados con la **competencia** para determinar el monto del tributo, los **usuarios** que deben pagarlo, y para tramitar **recursos**, hay argumentos de carácter operativo que permiten observar cómo el intento de aplicar la Ley 1437 de 2011 llevaría a numerosas situaciones de conflicto con los derechos constitucionales de los usuarios. A algunos de ellos paso a referirme.

En la Ley 1437 de 2011 (CPACA), artículos 37 y 38, se prevé que si la actuación administrativa puede afectar a terceros, ellos deben recibir las comunicaciones pertinentes para que puedan intervenir en la actuación; y en asuntos de servicios públicos esta situación pueden presentarse a menudo, porque existen fenómenos como el de "**multi usuarios**", sin que el artículo 313 de la Ley PND ni la Ley 1437 contengan regla alguna que permita definir quién, cómo y cuándo comunicaría a los terceros que se va a cobrar el impuesto; ni cómo esos terceros protegerían sus derechos.

En la ley 1437 de 2011, artículo 40, se prevé la oportunidad de pedir pruebas antes de que se produzca el acto concreto que crea una obligación a una persona; pero el artículo 313 no contiene, tampoco regla alguna sobre la materia.

Este sencillo análisis demuestra cómo, si alguien quisiera proteger sus derechos en situaciones concretas, contravirtiendo la voluntad de "recaudo" que expresara un comercializador de energía, no tendría un cauce legal para hacerlo, ni en el artículo 313 del PND ni en el procedimiento general de la Ley 1437 de 2011.

U. O. M.
M. G.

5.2.b.-Las leyes 142 y 143 de 1994 no solucionan las omisiones del artículo 313 de la Ley del PND.

¿Podrían resolverse los interrogantes procedimentales, y dar eficacia al artículo 313, aplicando a este tributo las especiales normas de procedimientos que contienen las Leyes 142 y 143 de 1994?

La respuesta debe ser negativa. Ante todo, porque la Ley 142 de 1994 estructura las relaciones entre las empresas prestadoras del servicio y los usuarios por medio de contratos entre particulares, en los que, en parte sustancial, juega la libre voluntad de las partes, y en donde las empresas operan bajo el régimen del derecho privado. La Ley 143, en su artículo 47, se remite en varios aspectos a la Ley 142 y contiene, además, algunas normas específicas de procedimiento.

Por el contrario, el artículo 313 de la Ley del PND es una norma de derecho público tributario, cuya ejecución corresponde a funcionarios públicos y en donde la voluntad privada no tiene cabida.

El régimen de determinación de las obligaciones y de solución de controversias entre derechos y usuarios se construye en la Ley 142 alrededor del régimen legal del "contrato de servicios públicos", en el cual la factura del servicio incluye, en forma separada, lo que se paga por el servicio y lo que se paga por la "contribución de solidaridad". La Ley 142 fija, en detalle, las características que debe tener la factura (artículo 148), y sus privilegios legales (artículos 130, 154 y 155). No es posible, entonces, hacer un trasplante de ese sistema legal para usarlo en el desarrollo del artículo 313 de la Ley del PND aunque éste haga referencias a algunos elementos del servicio público de electricidad.

Dentro de este contexto, es útil tomar nota de que la doctrina de la Superintendencia de Servicios Públicos, en el Concepto Unificado 25 de la Oficina Jurídica, sin fecha, (Anexo 1, numeral 2.2.3.), tomando como base un pronunciamiento del Consejo de Estado, hace énfasis en que las reglas aplicables al "contrato de servicios públicos" (en particular, al artículo 150 de la Ley 142) sobre plazos para presentar reclamos, no se extienden a las "contribuciones de solidaridad", por la distinta naturaleza de las obligaciones respectivas. Con la misma lógica, las normas de procedimiento previstas en la Ley 142 no podrían aplicarse a un impuesto nuevo y distinto de los que contiene esa ley, como es el que crea el artículo 313 del PND.

Quizás por todo eso el artículo 313 del PND no remite al procedimiento descrito en las leyes 142 y 143 para producir los actos administrativos necesarios para determinar y cobrar el impuesto que ese artículo crea, o para el cumplimiento de las obligaciones de los comercializadores. El hecho de que ese impuesto tenga una relación con el consumo de electricidad no significa, sin más, que el procedimiento autorizado para determinar el impuesto sea el de la determinación de las "tarifas" o el de la determinación de las "contribuciones de solidaridad" a las que se refieren las leyes 142 y 143.

Las normas sobre procedimiento tributario que contiene la Ley 142 se aplican únicamente, según su artículo 85 y en particular según el Parágrafo 1 de ese artículo, a las "contribuciones" que crea la Ley 142; tales contribuciones, en la Ley 142, se estructuran en forma que su determinación y solución de controversias sean armónicas con las del "contrato de servicios públicos". Pero el impuesto que crea el artículo 313 no fue estructurado en forma que fuera armónico con la regulación del "contrato de servicios públicos".

La Ley 143, en el artículo 11, tiene unas definiciones de "usuario" que son irreconciliables con las de la Ley 142, porque se basan en el título por el cual una persona adquiere electricidad, mientras que las definiciones de la Ley 142

SECRETARÍA DE ESTADO
Cecilia

consideran que el usuario es la persona que se "beneficia" de la electricidad, cin considerar el título por medio del cual adquiere ese beneficio.

Como dijimos arriba, por ejemplo, la Ley 142 tiene en el numeral 14.33 una definición de "usuario" que no es común en otros ámbitos del derecho, y que incluye tanto al propietario de un inmueble como a las personas que reciben el servicio público en ese inmueble. ¿A cuáles de ellas se cobraría el impuesto del artículo 313? ¿A todas? ¿A algunas? ¿Cómo escoger al contribuyente deudor y quién tendrá la autoridad para escogerlo?

La Ley 142, en el artículo 130, dispone que el propietario del inmueble donde se presta el servicio, el "suscriptor" y los usuarios del servicio son solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de servicios públicos. ¿Se extendería esa solidaridad a las obligaciones derivadas del artículo 313 de la Ley del PND? ¿Con base en qué norma expresa se podrían extender relaciones de "solidaridad" entre las personas que, según el artículo 313 de la Ley PND, fueran tratadas como "usuarios"?

¿Se aplicaría a las deudas derivadas del artículo 313 de la Ley del PND la regla que enuncia el artículo 130 de la Ley 142? Según el artículo 130:

Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante los jueces competentes o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas oficiales de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad, prestará mérito ejecutivo de acuerdo a las normas del derecho civil y comercial.

El procedimiento de la Ley 142 es *sui generis* porque la factura del prestador del servicio cumple la función de determinar el monto de obligaciones privadas, y en el mismo documento, el monto del impuesto; y contra ella pueden interponerse los reclamos y recursos de ley, en forma armónica para solucionar las controversias que surjan tanto del contrato como del impuesto. Pero no es posible, por vía de interpretación o de analogía, extender las mismas reglas al **nuevo** impuesto que crea el artículo 313 de la Ley PND, porque, según los artículos 29 y 89 de la Constitución, estas materias deben ser objeto de definición **legal**, lo cual excluye una definición analógica jurisprudencial.

De otra parte, las reglas sobre procedimientos administrativos para crear actos unilaterales a los que dé lugar la aplicación de la Ley 142, solo se aplican a aquellos actos a los que dé origen el cumplimiento **de esa Ley** (artículo 106), y no pueden extenderse por analogía a la producción de actos necesarios según **otra Ley**, como serían los necesarios para dar cumplimiento al artículo 313 de la Ley del PND.

En conclusión: ante el silencio del artículo 313 de la Ley PND, no existen normas **legales** sobre procedimiento que definan quién, cómo y cuándo puede determinar que una persona está obligada, en concreto, a facilitar los "recaudos" a los que daría lugar ese artículo; ni cómo y cuándo debe el "comercializador" hacer el "recaudo" y los "giros"; ni cómo y cuándo pueden las personas particulares "recurrir" y "proteger sus derechos" frente a los actos unilaterales en los que se determinen sus obligaciones tributarias derivados de ese artículo.

Por lo tanto, se omitió en el artículo 313 incluir una condición que, de acuerdo con los artículos 29 y 89 de la Constitución, resulta indispensable para armonizar el deber de cumplir las obligaciones a las que da lugar el artículo 313 con las normas constitucionales relativas a las actuaciones administrativas necesarias

para imponer obligaciones a los particulares, y para que ellos puedan "recurrir" y "protejer sus derechos".

5.2.c.-La facultad reglamentaria no permite subsanar la omisión de mandatos legales procedimentales para dar cumplimiento al artículo 313 de la Ley PND.

Tal como hemos puesto de presente arriba, la determinación administrativa unilateral de las obligaciones de las personas es un asunto sustancial, tanto que ha dado lugar a la expedición de la Ley 1437 de 2011. En el asunto de las "contribuciones de solidaridad" a las que se refiere la Ley 142 dio lugar también a la creación de normas especiales sobre el asunto, pues el legislador reconoció la naturaleza sustancial de tal procedimiento.

En la sentencia C-85 de 2014 (ponente Rojas) dijo la Corte Constitucional:

Para llegar a una respuesta satisfactoria desde la perspectiva constitucional, lo primero que debe resaltarse es que, tal y como se expresó, no cualquier disposición puede regular los aspectos atinentes al debido proceso administrativo. En este sentido, la reserva legal que existe respecto de los elementos que configuren los derechos fundamentales aplica al debido proceso administrativo.

Así mismo, también resulta aplicable la exigencia prevista en el artículo 89 de la Constitución que, en el capítulo dedicado a los mecanismos de protección de los derechos, determina que "la ley establecerá los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas".

En acuerdo con los términos de las disposiciones constitucionales, se recuerda ahora lo manifestado por la sentencia C-980 de 2010, según la cual "4.1. (...) de conformidad con los artículos 29 y 150, numerales 1º y 2º de la Constitución Política, es al legislador a quien corresponde regular los diversos procesos judiciales y administrativos, y establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables a cada uno de ellos, así como los términos para interponer las distintas acciones y recursos ante las autoridades judiciales y administrativas".

Competencia del legislador que, aunque con fundamento en la libertad de configuración legislativa que tiene el Congreso, debe entenderse ejercida dentro de los parámetros determinados por la Constitución. En relación con el derecho al debido proceso las disposiciones constitucionales exigen que todo procedimiento regulado en la ley se ajuste a las reglas básicas en ellas contenidas, como son, la existencia de un proceso público sin dilaciones injustificadas, la oportunidad de controvertir e impugnar las decisiones, la garantía del derecho de defensa y la posibilidad de presentar y controvertir pruebas; estos parámetros crean un referente mínimo de regulación en la materia, que de no ser observado por el legislador implicaría un desconocimiento a los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Por lo antes expresado, de las disposiciones constitucionales debe concluirse que: i) es al legislador a quien corresponde establecer la regulación de los distintos procedimientos en materia administrativa –

OM
C.
7ARI
7a C

artículo 89 de la Constitución-; ii) dicha regulación debe atender a los parámetros mínimos que prevé el artículo 29 de la Constitución.

En la sentencia C-89 de 2014, la Corte recuerda que, en ocasiones precedentes, se ha determinado que

....el proceso por el cual la administradora de contribuciones parafiscales determina el monto de la deuda que tiene el sujeto pasivo, constituye una actuación administrativa que, en tanto ejercicio de función administrativa, culmina con la expedición de un acto administrativo de carácter definitivo[13].

La misma sentencia C-89, indica:

.... no cualquier disposición puede regular los aspectos atinentes al debido proceso administrativo. En este sentido, la reserva legal que existe respecto de los elementos que configuren los derechos fundamentales aplica al debido proceso administrativo.

A falta, pues, de normas **sustanciales** sobre el asunto, no es posible al Presidente de la República producir reglamentos del artículo 313 de la Ley del PND que suplan lo que está expresado en la Ley 1437 o en la Ley 142 en lo que se relaciona con el "debido proceso", los "recursos" y "la protección de los derechos de las personas" cuando se trata de procedimientos tributarios.

Sin embargo, el primer inciso del artículo 313 del PND dispone, *in fine*:

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reglamentará el procedimiento para dar cumplimiento a lo previsto en este artículo.

Como explicaremos en seguida, esta delegación de la facultad reglamentaria no es suficiente, según la jurisprudencia constitucional, para subsanar la omisión legislativa a la que nos venimos refiriendo.

La jurisprudencia constitucional permite que el legislador asigne a ciertos órganos de la administración, distintos del Presidente de la República, una especie de "facultad reglamentaria", pero lo ha hecho dentro de límites precisos, que se resumen en la sentencia C-056 de 2019 (ponente Ortiz). La síntesis jurisprudencial es la siguiente:

Con base en estas decisiones, la Corte concluyó en la citada sentencia C-585 de 2015 que (i) tratándose de aspectos u obligaciones formales, el Legislador puede delegar en la administración la regulación de trámites administrativos para la ejecución de las normas tributarias, siempre que no comprometan derechos fundamentales y se trate de una facultad excepcional, relacionados con el recaudo y sus circunstancias, la liquidación, discusión y administración de ciertos tributos; (ii) en el caso de la regulación de obligaciones sustanciales impuestas por el poder tributario, el principio de legalidad y certeza tributaria obliga a que sean definidos por el Congreso. Ello sin perjuicio que se difiera en el reglamento la concreción de las variables económicas que inciden en la conformación específica de los elementos estructurales del tributo de que se trate. Por ende (a) la ley debe determinar directamente los elementos del tributo, pero esto no le impide remitir a nociones que tengan una contrapartida variable en la realidad económica (por ejemplo, a precios, a valores, a

índices de bursatilidad), aunque su expresión concreta le corresponda a la administración, pues en tales eventos las reglas técnicas permiten aplicar los conceptos empleados con un alto nivel de certeza; (b) si bien no es preciso que se defina estrictamente en la ley el mecanismo para medir o expresar esa variable, sí se debe determinar por el Legislador la forma en que la autoridad administrativa debe fijar dicho mecanismo, lo cual significa que debe haber pautas, criterios o estándares generales incluso flexibles, que orienten la reglamentación de la materia; y (c) en ningún caso la ley puede facultar al Ejecutivo para cambiar o introducir elementos nuevos a las reglas dispuestas por la Ley.

24. A su vez, otras decisiones de la Corte¹¹ han planteado supuestos de validez de la asignación de competencias al reglamento para la definición de obligaciones tributarias, bajo las siguientes categorías:

24.1. Datos técnicos o económicos cuya concreción no pueda realizarse por la misma ley, como sucede con los casos antes enunciados de fijación de parámetros para la valoración de activos, avalúos catastrales, certificación de precios o índice de bursatilidad de acciones. En cada uno de estos eventos, el precedente jurisprudencial ha identificado que se trata de elementos variables, que por esta razón no pueden ser predefinidos por el Legislador, pero que son en todo caso determinables, debido a que responden a realidades técnicas susceptibles de concreción cierta. Es decir, aunque en dichos casos se reconoce a la administración un margen de apreciación para la determinación de la variable, concurre un marco predeterminado para su definición.

24.2. Conceptos que no obstante carecer de carácter unívoco en la ciencia económica, resulten determinables a partir de ciertos parámetros.

Con base en esta jurisprudencia es fácil advertir que si el artículo 313 de la Ley PND no puede ser reglamentado por el Presidente en lo relativo a la "competencia", al "debido proceso", a los "recursos" y a los "procedimientos necesarios" para que las personas puedan proteger sus derechos individuales en el ámbito del nuevo tributo, por haber guardado silencio sobre el asunto, menos puede un reglamento de la Superintendencia subsanar esa omisión. Los reglamentos de la Superintendencia, según la Constitución y la jurisprudencia constitucional, nunca pueden extenderse a los asuntos **sustantivos** relacionados con la determinación misma de las obligaciones que surgen del artículo 313.

5.3.-No hay razón suficiente para la exclusión de reglas sobre "sujetos pasivos y sobre los aspectos procedimentales de la determinación del tributo en el artículo 313 de la Ley PND.

No hay en el texto del artículo 313 indicación alguna acerca de porqué no contiene definición cierta y directa de los "sujetos pasivos", y referencia a los procedimientos necesarios para determinar y controvertir los actos concretos en los que se exija a una persona pagar el impuesto que ha de recaudar el comercializador, o en los que se exijan a éste sus obligaciones de "recaudo" y "giro".

Es probable que las personas que redactaron el artículo 313 hayan considerado que, con la facultad reglamentaria que se atribuye en el artículo a la Superintendencia, pudieran

¹¹ C-690 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

suplirse las omisiones a las que se refiere este cargo. Pero, como expliqué arriba, la facultad reglamentaria que se delega en la Superintendencia no podría, en ningún caso, suplir los elementos de procedimiento sustancial a los que se refiere el cargo.

Es probable, también, que los redactores del artículo 313 hayan considerado que, por ser un impuesto que tiene el mismo hecho gravable que las "contribuciones de solidaridad" a las que se refiere la Ley 142, puede estar sujeto a las mismas definiciones de "sujetos pasivos" y reglas de procedimiento administrativo a las que esa Ley se refiere.

Pero también expusimos atrás cómo esa consideración no es válida, por cuanto las normas sobre "sujetos pasivos" y sobre "debido proceso", "recursos", y procedimientos para defensa de los derechos individuales, y entre ellas las reglas sobre **competencia** para crear obligaciones unilaterales, deben aparecer en **una Ley** que directamente aplicable a tales procedimientos, y no pueden resultar definidas por analogía.

De modo que si alguna razón existe para la omisión, corresponde presentarla los voceros de la Nación en este proceso.

5.3.a.-La omisión de procedimiento en el artículo 313 del PND no puede excusarse con el argumento de que los asuntos omitidos son de naturaleza "técnica" o "variable".

Sin perjuicio del deber que corresponde a quienes se opongan a esta demanda de justificar la omisión en la que incurrió el artículo 313 del PND, es necesario insistir en que, como hemos mostrado arriba, las omisiones a las que este cargo se refiere versan sobre procedimientos de tanta importancia que, por vía general, son objeto de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), o de normas especiales en las leyes que regulan cada tributo y, en particular, en la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios.

La omisión del legislador no puede excusarse con el argumento de que la regulación de los procedimientos necesarios para la defensa de contribuyentes y usuarios versaría sobre asuntos "técnicos", respecto de los cuales resulta excesivo pedir un pronunciamiento preciso del Congreso y que, por lo tanto, puede entrar a definir el reglamento.

Para desvirtuar tal argumento basta observar que los asuntos relacionados con la determinación, cobro, recaudo y recursos de los impuestos denominados "contribuciones de solidaridad", que se imponen en exceso de las "tarifas" de servicios públicos, fueron regulados por el Congreso en las leyes 142 y 143, principalmente en los artículos 146, 148-151 y 152 a 159 de la ley 142 de 1994, y 43 y 47 de la ley 143 del mismo año.

Es así como la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-400 de 2013 (ponente Pinilla):

El legislador tiene una amplia discrecionalidad en la regulación de los procedimientos tanto judiciales como administrativos, discrecionalidad que como todos los actos del poder estatal encuentra su límite en la Constitución. En la sentencia C-204 de 2003, sobre este punto se indicó: "... esa discrecionalidad para determinar normativamente acerca de una vía, forma o actuación procesal o administrativa no es absoluta; es decir, debe ejercitarse dentro del respeto a valores fundantes de nuestra organización política y jurídica, tales como, la justicia, la igualdad y un orden justo (Preámbulo) y de derechos fundamentales de las personas como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (C.P., arts. 13, 29 y 229). Igualmente, debe hacer vigente el principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (C.P., art. 228) y

proyectarse en armonía con la finalidad propuesta, como es la de realizar objetiva, razonable y oportunamente el derecho sustancial en controversia o definición; de lo contrario, la configuración legal se tornaría arbitraria. "...Así las cosas, la violación del debido proceso ocurriría no sólo bajo el presupuesto de la omisión de la respectiva regla procesal o de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el cual fue diseñada, sino especialmente en el evento de que ésta aparezca excesiva y desproporcionada frente al resultado que se pretende obtener con su utilización." (Las subrayas no son del texto original).

En consonancia con los criterios expuestos, la Corte Constitucional en sentencias tales como la C-1189 de 2005 (ponente Sierra) y C-89 de 2014 (ponente Rojas) ha determinado que las normas legales que crean contribuciones parafiscales - aplicables con mayor razón a las normas que crean impuestos- deben incluir los aspectos relacionados con el recaudo, pago y cobro de las contribuciones parafiscales, por disposición del artículo 89 constitucional, y para no violar las normas sobre "debido proceso" y "acceso a la justicia". Tales aspectos no pueden desarrollarse por medio de reglamentos.

5.4.-La omisión de reglas legales para que los contribuyentes y los comercializadores puedan disponer de un "debido proceso" para proteger sus derechos ante la administración, respecto de las obligaciones que les crea el artículo 313 del PND los pone en desigualdad negativa frente a otros sujetos de obligaciones legales.

Toda persona en Colombia a quien la administración impone una obligación tiene derecho a ampararse en la Ley 1437 de 2011, o en las leyes especiales que regulan los procedimientos administrativos en otras materias, para proteger sus derechos en el trámite de un "debido proceso", que comienza con la definición previa acerca de quién es el **sujeto pasivo** de la obligación y cuál es la **autoridad competente** para imponer la obligación.

Pero atrás explicamos las **razones jurídicas y prácticas** por las cuales, en el caso concreto de las obligaciones que impone el artículo 313 de la Ley PND, los contribuyentes y los comercializadores no pueden usar eficazmente para proteger sus derechos los procedimientos de la Ley 1437 de 2011; a esa explicación, fundada en la diferencia entre un régimen de obligaciones administrativas (Ley 1437 de 2011) y un régimen mixto de obligaciones contractuales y administrativas (Leyes 142 y 143 de 1994), nos remitimos ahora. Y, de la misma manera, nos remitimos ahora a las razones **jurídicas** que dimos acerca de porqué no es posible usar las normas de las leyes 142 y 143 para defensa de los contribuyentes y los comercializadores en el caso de las obligaciones que a unos y otros impone el artículo 313 de la Ley del PND.

Por eso, los usuarios del servicio eléctrico y los comercializadores a quienes se refiere el artículo 313 del PND **están en situación de desigualdad negativa** frente a todas las demás personas en Colombia, y, en particular, frente a los usuarios de servicios públicos.

Por supuesto, es útil recordar que, a diferencia del artículo 313 del PND, la ley 142 de 1994 define, para sus efectos, quiénes son "usuarios", y dispone, en normas tales como los artículos 89 y 152 a 159, no solo quién y cómo determina el monto de las "contribuciones de solidaridad" que esa ley creó, sino, además, todo lo relativo a los recursos que pueden interponerse contra las facturas, incluyendo la determinación de la contribución que se hace en la factura misma.

De la misma manera, es útil advertir que la Ley 143, a su vez, en el artículo 47, se refiere a la Ley 142 para regular lo relativo a los impuestos que han de pagar algunos "usuarios" de electricidad, definidos en ella. Además de que esa ley incluye también normas claras



acerca de quién es competente para determinar el monto del impuesto, y en qué documento, así como los plazos dentro de los cuales los recaudadores harán los giros correspondientes, y las entidades a las cuales tales giros deben hacerse.

Hemos explicado arriba porqué las normas pertinentes de las leyes 142 y 143, construidas alrededor de un sistema contractual de libre voluntad privada, que se usa también para facilitar la determinación, el recaudo, el giro y las defensas de los contribuyentes de los tributos especiales a los que esas leyes se refieren, no se pueden trasplantar **por vía de analogía** jurisprudencial para lograr los mismos propósitos respecto del **impuesto** nuevo creado por el artículo 313.

Por estas razones, los contribuyentes del impuesto que crea el artículo 313 de la Ley del PND, **que no son definidos en forma cierta y directa, y que incluyen más categorías** que los contribuyentes de las "contribuciones de solidaridad" a las que se refieren las leyes 142 y 143, se encuentran en desigualdad negativa frente a quienes deben pagar las contribuciones de las leyes 142 y 143 de 1994.

De este modo, el artículo 313 de la Ley PND viola los artículos 13 y 95, numeral 11, de la Constitución y debe ser declarado inconstitucional como respetuosamente solicito.

No deja de ser paradójico que, pese a que el artículo 313 de la Ley PND crea un impuesto que recae sobre más contribuyentes que los impuestos a los que se refieren las leyes 142 y 143 por el consumo de servicios públicos, haya omitido crear, para ese mayor número de contribuyentes, un régimen similar al que existe en beneficio de los contribuyentes menos numerosos, para determinar obligaciones y defender derechos.

5.5.-La omisión en la que incurre el artículo 313 de la Ley PND es el resultado de la inobservancia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador.

En este numeral explicaremos cómo el Congreso, al expedir el artículo 313 de la Ley del PND, violó por omisión los deberes que le imponen los artículos 29, 89 y 338 de la Constitución.

5.5.a.-Violación del deber impuesto por el artículo 89 constitucional.

El artículo 89 de la Constitución obliga a la ley, esto es, al legislador, a establecer **recursos, acciones, y procedimientos** necesarios para que las personas a las que se refieren los artículos 87 y 88 anteriores -es decir, **todas** las personas- puedan proteger sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

El artículo 313 del PND crea la posibilidad de que un particular comercializador de energía, en cumplimiento de una función administrativa de "recaudo" de impuestos que le impone ese artículo, exija a los contribuyentes el pago del mismo; y crea la posibilidad de que una autoridad pública -la Superintendencia de Servicios Públicos- exija al contribuyente, o al comercializador, o a ambos, no solo el pago del impuesto sino que haga un "giro" a su favor.

Sin embargo, el artículo 313 de la Ley del PND no contiene, **como debería según la ley**, procedimiento alguno, ni directamente ni por remisión a otra ley, que permita a los contribuyentes ejercer "recursos" contra el acto del comercializador, o a éste contra los actos de la Superintendencia y, de esa manera, proteger sus derechos individuales frente a quien actúa como autoridad o frente a la autoridad misma.

Arriba explicamos cómo el régimen legal que regula en Colombia la prestación de los servicios públicos no permite que, frente al nuevo tributo que crea el



artículo 313 de la Ley del PND, sea posible aplicar los sistemas de determinación de obligaciones administrativas y de defensa de las personas que contiene la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

De la misma manera explicamos cómo los sistemas de determinación de obligaciones administrativas y de defensa de las personas que contienen las leyes 142 y 143 tienen peculiaridades que hacen imposible su trasplante para cumplir los mismos propósitos en relación con el nuevo impuesto que crea el artículo 313 de la Ley PND.

Resulta, entonces, que cuando el legislador creó el artículo 313 del PND, **incumplió el deber que le impone el artículo 89 de la Constitución** de crear, directamente o por referencia, un régimen legal que permitiera a los contribuyentes definir quienes son "competentes" para fijar el monto del impuesto a su cargo, cuándo y cómo y ante quien presentar recursos, y, en general, cómo proteger sus derechos individuales frente a los actos de quienes son, o actúan, como autoridades para el cumplimiento del artículo 313.

El artículo 313 omitió, igualmente, definir quién tiene "competencia" para regular cuándo y cómo deben los comercializadores hacer el "recaudo", y cuándo y cómo deben hacer el "giro" a la Superintendencia; y cuándo y cómo pueden recurrir los actos en los que se les impute incumplimiento de esas obligaciones; y cómo pueden proteger sus derechos individuales frente a los actos de las autoridades que afecten sus derechos.

También, por razón de estas omisiones, el artículo 313 de la Ley del PND es inconstitucional, como respetuosamente solicito que se declare.

5.5.b.-Violación del deber impuesto por el artículo 29 constitucional.

De manera similar, el **artículo 29 de la Constitución obliga a la ley, esto es al legislador**, a crear "leyes" que puedan servir como "preexistentes" respecto de aquellas actuaciones administrativas en las que una persona particular se enfrente a una autoridad que deba decidir si le impone una obligación. Tales leyes, según el artículo 29, deben incluir lo relativo a la "competencia" de la autoridad, y a la "plenitud de las formas" propias de cada actuación. Tales leyes deben permitir, además, la defensa del particular, su apoyo en un abogado, la presentación y contradicción de pruebas, recurrir las decisiones adversas, y que la decisión se tome sin dilaciones injustificadas.

Sin embargo, cuando el legislador creó el artículo 313 del PND, incumplió el deber que le impone el artículo 29 de la Constitución de crear, directamente o por referencia, un régimen legal "preexistente" a partir del cual puedan los contribuyentes definir quienes son "competentes" para fijar el monto del impuesto a su cargo, cuándo y cómo y ante quien presentar recursos, y, en general, cómo proteger sus derechos individuales frente a los actos de quienes son, o actúan, como autoridades para el cumplimiento del artículo 313. El artículo omitió, igualmente, definir quién tiene "competencia" para regular cuándo y cómo deben los comercializadores hacer el "recaudo", y cuándo y cómo deben hacer el "giro" a la Superintendencia; y cuándo y cómo pueden recurrir los actos en los que se les impute incumplimiento de esas obligaciones; y cómo pueden proteger sus derechos individuales frente a los actos de las autoridades que afecten sus derechos. También, por razón de esta omisión, el artículo 313 de la Ley del PND es inconstitucional, como respetuosamente solicito que se declare.

5.5.c.-Violación del deber impuesto por el artículo 338 constitucional.

El inciso primero del artículo 338 de la Constitución exige que la ley, esto es, exige al Congreso legislador, que defina "**directamente**" y, según dice la jurisprudencia, "con **certeza**", los **sujetos pasivos** de los tributos.

El artículo 313 del PND, se limita a decir que,

El hecho generador será el kilovatio hora consumido, y los responsables del pago de esta sobretasa serán los usuarios de los estratos 4, 5 Y 6, los usuarios comerciales e industriales y los no regulados del servicio de energía eléctrica.

De donde puede inferirse que el artículo 313 quiso decir que los "sujetos pasivos" del impuesto son los "consumidores de electricidad", que sean "usuarios" incluidos en las definiciones legales de los estratos 4, 5, y 6; y en las definiciones legales de "usuario" comercial o industrial; y en la definición legal de "usuario" no regulado.

Sin embargo, el artículo 313 de la Ley del PND **omitió**, como era su deber según el artículo 338 constitucional, definir **directamente**, y con precisión y **certeza**, qué debe entenderse por "usuario" "consumidor de electricidad", puesto que el concepto así integrado no tiene un "uso general" que permita esclarecer su sentido.

En efecto, por "usuario" "consumidor de electricidad" se puede entender a un municipio que compra electricidad para alumbrado público; o a cualquier persona que, en un inmueble -residencial, industrial, comercial- prende un bombillo o conecta un computador para beneficiarse directamente del consumo de electricidad. ¿Son todas estas personas "sujetos pasivos" del impuesto que creó el artículo 313 de la Ley del PND? El artículo debió ser "cierto" al determinar **directamente** el "sujeto pasivo", y no lo fue.

Por eso, el artículo 313 del PND viola, por omisión, el artículo 338 de la Constitución.

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispuso:

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

.....

14.31. Suscriptor. Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos.

14.32. Suscriptor Potencial. Persona que ha iniciado consultas para convertirse en usuario de los servicios públicos.

14.33. Usuario. Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor.

El artículo 14 contiene, como se observa, una definición de "usuario" "**para interpretar y aplicar esta ley**". Y la Ley 142, como se sabe, tiene la particularidad de integrar normas contractuales -todas las relativas al "contrato de servicios públicos"- con la de unas contribuciones especiales, a cargo de ciertos usuarios y de ciertas empresas. No es posible trasladar el régimen creado por ella a situaciones en las que solo se regula un impuesto, y distinto de los creados por ella.

El artículo 313 del PND no expresa, en parte alguna, la voluntad del legislador que creó ese impuesto, de usar las mismas definiciones o las mismas reglas de la Ley 142, para identificar el sujeto pasivo "usuario".

Pero hay algo más. En la Ley 143, relacionada especialmente con el sector eléctrico, hay también definiciones "usuario", que no coinciden con las de la Ley 142. Esta ley dispuso:

Artículo 11.- Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

.....

Usuario Regulado. Persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Usuario No-Regulado. Persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada.

El artículo 313 de la Ley del Plan tampoco expresó voluntad de usar las definiciones de la Ley 143 para aplicarlas a lo que podría entenderse que es el "sujeto pasivo" del impuesto que creó.

Así las cosas, se observa, *prima facie* que:

- 1.-No existe un sentido natural y obvio, de uso general, que permita entender el sentido del concepto "usuario consumidor de electricidad" que emplea el artículo 313 del PND.
- 2.-En la Ley 142, el término "usuario" está definido en una forma distinta a la forma en la cual está definido en la Ley 143; ésta, inclusive, incluye dos definiciones.
- 3.-La Ley 142 considera que el núcleo del concepto de "usuario" consiste en el **beneficio** que se recibe al prestar un servicio. No atiende, para nada, al acto de "**comprar**" servicio.
- 4.-La Ley 143, por el contrario, construye el concepto de "usuario" alrededor de la **compra** del servicio, y no incluye, para nada, el concepto de **beneficio**.
- 5.-Las **definiciones de "usuario" en las leyes 142 y 143 son irreconciliables entre sí**, porque las primeras se basan en el concepto de "**beneficio**" a una persona, con independencia de la razón por la cual recibe

ese beneficio; mientras que las definiciones de la Ley 143 se basan en **el título** por el cual se recibe el servicio **-la compra-** prescindiendo de quién o cómo se beneficie por ella.

6.- Tanto la Ley 142, como la Ley 143, indican en forma expresa, que las definiciones que incluyen deben usarse para interpretar y aplicar **esas** leyes; no dispusieron que pudieran aplicarse para regular materias de **otras** leyes.

7.- El artículo 313 de la Ley del PND no hizo remisión a la Ley 142 o a la Ley 143, para efectos de definir qué es un "usuario consumidor de electricidad", o siquiera, a qué "usuario" quería referirse. No indica si el "usuario" al que se refiere es el que recibe un beneficio, o el que realiza una compra....

Por estas razones, el artículo 313 de la ley del PND **omitió** el deber que le impone el artículo 338 al legislador de definir, **directamente y con certeza**, quien es el "sujeto pasivo" del impuesto que ha creado; y violó, por omisión, ese artículo. Y por eso, el artículo 313 de la Ley del PND es inconstitucional.

VII.- COMPETENCIA.

La Corte es competente para conocer esta demanda por cuanto ella se dirige contra una norma legal, el artículo 313 de la Ley 1955 de 2019, por razón de su contenido, según lo previsto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

VIII.- ANEXOS.

1.- Superintendencia de Servicios Públicos, Concepto Unificado 25 de la Oficina Jurídica, sin fecha.

De la Honorable Corte, y de los Honorables Magistrados, con todo respeto,


HUGO PALACIOS MEJÍA
C.C # 17'064.471 de Bogotá.



SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS**OFICINA ASESORA JURÍDICA****CONCEPTO UNIFICADO 25**

Nota del Editor. En el presente documento entramos a estudiar lo referente al régimen del otorgamiento de subsidios y recaudo de contribuciones, la estructura financiera para el otorgamiento de subsidios Fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, el procedimiento para la transferencia de los subsidios del municipio a los prestadores de servicios públicos para su otorgamiento, como la transferencia de recursos a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos en el evento de superávit en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Por otro lado entraremos establecer las condiciones aplicables a los sujetos exentos del pago de la contribución y la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en dicho tema. Igualmente se analizara individualmente la estimación de los subsidios y bolsa común en el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, gas, combustible y energía.

Concordancia. Concepto 365 de 2016, Concepto 138 de 2015, Concepto 919 de 2014, Concepto 749 de 2014, Concepto 590 de 2014, Concepto 551 de 2014, Concepto 408 de 2014, Concepto 343 de 2014, Concepto 347 de 2014, Concepto 318 de 2014, Concepto 281 de 2014, Concepto 204 de 2014, Concepto 197 de 2014, Concepto 11 de 2014, Concepto 434 de 2013, Concepto 366 de 2013.

RÉGIMEN DE SUBSIDIOS Y CONTRIBUCIONES APLICABLE A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

1.1. Régimen Constitucional.

El artículo primero de la Constitución Política señala lo siguiente:

“Art. 1. Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

A su turno el artículo 95 de la Carta, en relación con los deberes de la persona y del ciudadano, dispone:

“Art. 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.”

“Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

“Son deberes de la persona y del ciudadano:

“[...]

“9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de los conceptos de justicia y equidad.”

De otra parte, y ya refiriéndose específicamente a los servicios públicos domiciliarios, el artículo 367 Constitucional indica que el régimen tarifario aplicable a la prestación de tales servicios, debe tener en cuenta, además de los costos derivados de su prestación, los criterios de solidaridad y de redistribución de los ingresos.

Es así, que la disposición en cita señala que los usuarios de mayores ingresos deben contribuir a subsidiar a los de menores ingresos como concreción del principio de solidaridad en que se funda el Estado Social de Derecho.

En efecto, dice el aparte pertinente:

“Art. 367.- La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que

LA
RIP
ia C

tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos[...]. (Subrayado fuera del texto original).

Por último, debe tenerse en cuenta la autorización que la propia Constitución otorga a la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas para conceder subsidios que beneficien a las personas de menores ingresos, de suerte tal que se les posibilite el pago de la tarifa a la que haya lugar por la prestación del servicio.

Señala al respecto el artículo 368 de la Constitución Política:

“Art. 368.- La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.” (Subrayado fuera del texto original).

Así, el Estado está obligado, en principio, a entregar dichos subsidios, y por tanto, los artículos 367y 368 sólo contemplan la forma como se organiza el cumplimiento de dicha obligación, y no son normas, en particular el 368, que hagan del otorgamiento de los subsidios una acción 'potestativa' del Estado.

En este orden de ideas, el análisis de las normas citadas, permite concluir que por disposición constitucional uno de los criterios orientadores del régimen tarifario de los servicios públicos es el de la solidaridad y la redistribución de ingresos, que conlleva la obligación tanto de los usuarios de estratos altos y comerciales e industriales, como de la Nación y entidades descentralizadas territorialmente, de ayudar a los usuarios de estratos bajos a pagar el valor de la tarifa de los servicios que cubran sus necesidades básicas a través de los subsidios y las contribuciones.

La Corte Constitucional al pronunciarse sobre los artículos 367 y 368, ha señalado:

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

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

“El primero de estos mecanismos lo constituyen los subsidios que puede otorgar la Nación y las distintas entidades territoriales dentro de sus respectivos presupuestos (art. 368 de la



Constitución). Subsidios que, por disposición de la propia ley, no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia.

“Por tanto, cuando éstos se reconocen, corresponde al usuario cubrir los costos de administración, operación y mantenimiento (L. 142/94, art. 99).

“El segundo mecanismo es el recargo en la tarifa del servicio que están obligados a sufragar los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6, como los de los sectores industrial y comercial”

1.2. Régimen Legal.

En desarrollo de los anteriores preceptos constitucionales, la Ley 142 de 1994 consagra el marco legal que regula el régimen de contribuciones y subsidios, concebidos éstos como instrumentos de intervención estatal que propugnan por dotar de contenidos, las finalidades de solidaridad y redistribución de ingresos dentro del esquema tarifario.

Para el efecto, dicha normativa consagra la creación de aportes denominados contribuciones de solidaridad y subsidios, esquema que parte del supuesto del diferencial en el cobro del valor de los servicios públicos por estratos socioeconómicos, en consonancia con la capacidad económica de cada segmento de usuarios para encauzar los esfuerzos económicos hacia el cubrimiento de los servicios públicos domiciliarios de sectores con bajo nivel de ingreso que, en condiciones de mercado, no tendrían acceso a los servicios públicos necesarios para la concreción del mínimo vital.

Es así, que la Ley 142 de 1994 en el numeral 2.9 del artículo 2 y 3.4 del artículo 3, previó dentro de los fines de la Intervención del Estado en los servicios públicos domiciliarios y los instrumentos para dicho propósito, precisamente el establecimiento de un régimen tarifario “proporcional para los sectores de bajos ingresos”, así como el “control y la vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia”, de suerte tal que por la vía de los subsidios y de las contribuciones se les ayude a pagar la tarifa correspondiente a su consumo básico.

En relación con lo que debemos entender por subsidio y de contribución el numeral 14.29 de la Ley 142 de 1994, define el subsidio 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”, mientras que según las voces del numeral 1.2 del Decreto 847 de 2001, para el servicio de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física, por contribución puede entenderse el “... recurso público nacional cuyo valor resulta de aplicar el factor de contribución determinado en la ley y sus normas regulatorias, a los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciales, sobre el valor del servicio”.

Así mismo, el numeral 86.2 del artículo 86, señala dentro de las reglas que componen el régimen tarifario aplicable a la prestación de los servicios públicos, la concerniente al

Handwritten signature and stamp on the right margin.

“sistema de subsidios” al que tienen derecho las personas de menores ingresos para que puedan pagar las tarifas correspondientes a sus necesidades básicas.

Por su parte, el artículo 87 *Ibíd.*, dentro de los criterios que orientan el régimen tarifario, de manera expresa hace mención a los de solidaridad y redistribución en los siguientes términos:

“Art 87.- Criterios para definir el régimen tarifario. El régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia

“(..)

“87.3. 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 básicas”.

Así mismo, el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, en materia de aplicación de los mencionados criterios de solidaridad y redistribución de ingresos establece que el “factor” que se debe aplicar para el otorgamiento de subsidios, de los cuales son beneficiarios los usuarios pertenecientes a los estratos 1, 2 y 3, no podrá ser superior al equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del servicio y, adicionalmente se indica en la normativa en cita, que no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario para el cómputo del citado porcentaje máximo.

Como complemento de lo anterior, la norma dispone que las comisiones de regulación solamente permitirán que el factor que se cobra se incorpore en las facturas de los usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y de los catalogados como industriales y comerciales.

Adicionalmente, el numeral 89.2 señala que los prestadores de servicios públicos deben recaudar los valores resultantes de la aplicación de los factores de sobreprecio, los cuales se destinarán forzosamente al pago de subsidios a favor de los beneficiarios mencionados.

Cabe mencionar en este acápite que el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 modificó el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en el sentido de establecer que el monto máximo de las contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo será: “lo necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen”.

De esta manera, mediante la modificación refererida, se reconoce que el límite del veinte por ciento (20%) no es suficiente para alcanzar puntos de equilibrio entre contribuciones y subsidios, lo cual justifica que se establezcan límites superiores de acuerdo con las

NOTAR
Bona

necesidades específicas de cada ente territorial, para garantizar la sostenibilidad financiera del esquema.

Ahora bien, para el sector de energía eléctrica, el artículo 6 de la Ley 143 de 1.994, señaló que la prestación del servicio público de electricidad estará regida, entre otros, por el principio de solidaridad y redistribución del ingreso, cuya aplicación es de obligatoria observancia al momento de establecer el régimen tarifario aplicable, de suerte tal que "los sectores de consumo de mayores ingresos ayuden a que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los consumos de electricidad que cubran sus necesidades básicas."

También debemos mencionar dentro del marco normativo de subsidios y contribuciones, el artículo 99 de la Ley 142, contenido de las reglas bajo las cuales la Nación y las entidades descentralizadas territorialmente pueden conceder subsidios, el cual se verá en detalle al referirnos a la estructura financiera para el otorgamiento de subsidios.

Del anterior marco normativo bien se puede concluir que la aplicación del principio de solidaridad y redistribución de ingresos en el campo de los servicios públicos domiciliarios tiene como fin ayudar, vía subsidios y contribuciones, a los estratos bajos a cancelar el valor correspondiente al servicio prestado hasta cubrir sus necesidades básicas, obligación de colaboración que se encuentra en cabeza tanto de la Nación, de sus entidades descentralizadas territorialmente, como de los usuarios de estratos altos y de los sectores productivos.

1. RÉGIMEN DEL OTORGAMIENTO DE SUBSIDIOS Y RECAUDO DE CONTRIBUCIONES.

2.1. Naturaleza Jurídica de los subsidios.

Tal como lo indicamos anteriormente, el numeral 14.29 del artículo 14 de la Ley 142 de 1.994, define el subsidio 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".

Ahora bien, el régimen de los servicios públicos domiciliarios establece dos formas de otorgar subsidios:

- A través del cobro de las contribuciones de solidaridad, que en el caso del sector de acueducto, alcantarillado y aseo revisten el carácter de un tributo del orden territorial, mientras que para el sector de energía y gas es de carácter nacional, tal como se analizará más adelante al referirnos a la naturaleza jurídica de la contribución.

AB
SET
cilia

- Incorporando las respectivas apropiaciones en la conformación de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales, con la finalidad de efectuar gasto público social para el otorgamiento de este tipo de subsidios.

Cabe precisar que la obligación de aportar recursos presupuestales por parte de la nación o de las entidades territoriales, solamente es exigible en caso de que los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos no sean suficientes para el cumplimiento de su cometido.

2.1.2. Estructura financiera para el otorgamiento de subsidios.

En relación con las fuentes de financiamiento de los mencionados subsidios, se ha señalado que los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos se materializan a través de:

- El cobro de los aportes solidarios o contribuciones.
- El cruce interno de los subsidios y contribuciones o aportes solidarios por parte de las empresas.
- La destinación de recursos por parte de la nación, entidades territoriales y descentralizadas para la aplicación de los subsidios; y
- La asignación de recursos a través de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

Ahora bien, según el marco constitucional y legal indicado en el presente documento, especialmente el artículo 368 de la Carta y el artículo 99 de la Ley 142 de 1.994, las reglas que se deben observar tanto por la Nación como por las entidades descentralizadas territorialmente para destinar partidas presupuestales con el fin de conceder subsidios a las personas de menores ingresos, son las siguientes:

- Están obligadas a especificar el tipo de servicio al que se deberá destinar el subsidio.
- Deberán señalar la entidad prestadora que repartirá el subsidio.
- El reparto debe hacerse entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar, conforme a lo dispuesto en la ley y en las ordenanzas y acuerdos según el caso.
- Los subsidios no podrán exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia, con ello se busca incentivar el ahorro del bien o servicio respectivo, salvo el del sector de acueducto, alcantarillado y aseo, ya que de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 565 de 1996, podrá ser objeto de subsidio no solo la facturación correspondiente al



valor del consumo básico, sino también los costos económicos para garantizar la disponibilidad permanente del servicio. Igualmente, los cargos por aportes de conexión domiciliaria, incluyendo la acometida y el medidor de los estratos 1, 2 y 3, en los términos del artículo 97 de la Ley 142 de 1994.

En relación con esta regla, la Honorable Corte Constitucional hizo las siguientes precisiones:

“Las normas de la Constitución citadas prevén un trato de favor - discriminación positiva-, que se endereza a beneficiar a las personas de menores recursos y que cobija el pago subsidiado de las tarifas de servicios públicos de sus consumos básicos. La ley, expresión del principio democrático, autoriza el susodicho subsidio, pero lo hace de manera parcial, vale decir, limita su cuantía. Se pregunta la Corte, si en este evento, el principio del Estado social de derecho, obligaba al legislador a consagrar un subsidio total, como adecuada traducción de la discriminación positiva dispuesta por el Constituyente. ¿El principio de igualdad, en el campo de los servicios públicos domiciliarios debe llegar, incluso, hasta el reconocimiento del subsidio total del pago que cubre los consumos básicos de la población menesterosa?

“(…)

“3.2 Es evidente que el Legislador dio cumplimiento al mandato de igualdad en los servicios públicos domiciliarios al autorizar la concesión de subsidios para las personas de menores ingresos. La limitación de su monto, empero, requiere de un análisis más detenido, pues este extremo tiene que ver con el grado de cumplimiento de dicho principio.

“El artículo 368 de la C.P., autoriza la fijación de subsidios, pero no precisa su cuantía. La pretensión de que el subsidio cubriera la totalidad del costo de la necesidad básica, sería posible si existieran suficientes recursos, luego de satisfechas otras necesidades más apremiantes, y si otros principios jurídicos cedieran íntegramente su preeminencia al de igualdad. La realidad financiera y jurídica, normalmente impide que un principio llegue a tener tal grado de cumplimiento. Por esta razón no se considera que un principio deja de observarse cada vez que se compruebe que no se ha agotado su máximo potencial.

“Con un criterio de razonabilidad, que es el indicado para apreciar el cumplimiento de los principios cuando su observancia es inexcusable, puede concluirse que el Legislador, habida consideración de las posibilidades materiales y jurídicas existentes, se sujetó cabalmente al principio de igualdad aplicable al uso y disfrute de los servicios públicos domiciliarios.

“(…)

“Desde el punto de vista jurídico, el subsidio parcial es fruto de un legítimo juicio de ponderación realizado por el Legislador entre principios concurrentes. Ante la imposibilidad de elevar a un grado absoluto la vigencia efectiva de un solo principio prescindiendo de los demás, se optó por una aproximación de equilibrio que lleva sólo hasta cierto grado su aplicación simultánea”

OT
loria

- Los alcaldes y los concejales tomarán las medidas correspondientes para incorporar y ejecutar apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto y saneamiento básico de los usuarios de menores recursos, así como para extender la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de agua potable y saneamiento básico.
- La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran.
- Los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a la zonas rurales de los estratos 1 y 2, siendo competencia de las comisiones de regulación definir las condiciones para que se les puedan otorgar a los usuarios del estrato 3.
- Los subsidios que otorguen la Nación y los departamentos se asignarán, preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos.

2.1.3. Fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

El objetivo de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos es canalizar los recursos destinados a sufragar subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar los servicios públicos domiciliarios.

A estos Fondos, que son de creación legal, se refiere el artículo 89 de la Ley 142 de 1.994 así:

“ART. 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3. Los concejos municipales están en la obligación de crear “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta ley. A igual procedimiento y



sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.”

Norma cuyos alcances fueron explicados por el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

“En definitiva, el modelo de solidaridad tarifario no puede hacerse soportar tan solo en uno de sus vértices: el recargo en la tarifa de los servicios por cuenta de unos sectores de la población (subsidios tarifarios cruzados), sino mediante la creación y puesta en funcionamiento de los fondos de solidaridad por medio de los cuales se canalicen los recursos presupuestales que le sirven de fuente.

“Así lo puso de relieve la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un completo estudio que realizó sobre este tema:

“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 legal, 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 legislador’

“En tal virtud, cuando el municipio decide cumplir con la obligación legal de crear el FSRI (L. 142, art. 89, inc. 2º), supone que el sobreprecio que deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales cuando genere superávit debe transferirse a esas cuentas, e implica, a la vez, que las autoridades municipales simultáneamente deben cumplir el mandato legal previsto en el numeral 89.8 de la Ley 142, esto es, que en el evento de que dichos fondos (alude a los aportes solidarios) no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios para el consumo básico, la diferencia debe ser cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal para que opere efectivamente: con otras palabras, el municipio debe definir qué sumas debe imputar a sus recursos presupuestales (de conformidad con las normas legales y reglamentarias) para cubrir los faltantes.

“1.3. Viene como conclusión del esquema constitucional, legal y reglamentario expuesto que: i) el deber legal de los municipios no se agota con la simple creación de los FSRI sino que es su obligación apropiar recursos en su presupuesto con destino a otorgar subsidios a iniciativa del alcalde, de suerte que para que se materialice su cumplimiento debe estar previamente incluida la partida respectiva en el presupuesto municipal, siendo prioritarias las apropiaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado. ii) los subsidios no solamente tienen por fuente la denominada “contribución de solidaridad” que como sobreprecio deben



pagar los estratos altos e industriales y comerciales ('subsido tarifario cruzado'), sino que el esquema diseñado prevé una amplia gama de fuentes que forman parte ordinaria de los recursos presupuestales ('subsido tarifario directo'). iii) para cumplir con ese deber la ley ha establecido como fuentes de transferencias, los recursos provenientes de otros FSRI, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, las regalías por concepto de explotación de recursos naturales no renovables, de las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial y, cuandoquiera que los FSRI no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios, la diferencia debe cubrirse con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal (art. 89.8 de la L. 142 modificado por el art. 7º de la L. 632)"

Se observa entonces, que es atribución de los concejos municipales la creación de los mencionados fondos.

Para el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, el Decreto 565 de 1996, señaló su naturaleza, indicando que son cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios, distritos y departamentos, a través de las cuales se contabilizarán exclusivamente los recursos destinados a otorgar subsidios para el acceso a los servicios públicos domiciliarios.

Cabe resaltar que se trata de cuentas sin personería jurídica, dotadas de una contabilidad separada e independiente para asegurar la finalidad específica a la cual se encuentran afectos, de tal suerte que no pueden hacer unidad de caja con los demás recursos de la entidad territorial.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el artículo 13 ed jusdem, el cual es claro al precisar que los recursos de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos son públicos, por ende, quienes los recauden estarán sujetos a las normas sobre declaración y sanciones contenidas para los retenedores en el Decreto 624 de 1989, modificado por el Decreto 3258 de 2002 y las Leyes 383 de 1997, 488 de 1998 y 863 de 2003 y reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales: 422 de 1991; 847, 1333 de 1996; 3050 y 700 de 1997; 1514 y 2201 de 1998; 558, 1345, 1737 y 2577 de 1999; 531 de 2000; 333 y 406 de 2001; 4400 de 2004, 1070 de 2013.

En torno a la calidad de los recursos pertenecientes a los mencionados fondos, y su necesaria incorporación a los mismos como requisito para efectuar erogaciones con cargo a ellos, ha señalado el Consejo de Estado que tanto el factor que se aplica a los usuarios de los estratos altos, como los aportes directos, se contabilizan, registran e incorporan en los respectivos presupuestos de la nación, los departamentos, los distritos y los municipios, pues al destinarse estos recursos a la financiación de los subsidios para pagar las tarifas de los usuarios de menos ingresos, configuran gasto público, el cual no puede ejecutarse si no se incluye en aquéllos.

De lo anterior se infiere que la utilización de los recursos que hacen parte de los mencionados fondos, constituye un gasto público social que, por mandato



constitucional tiene prelación sobre cualquier otra erogación en la conformación de los respectivos presupuestos de la nación y de las entidades territoriales.

Por las mismas razones, los recursos de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos tienen destinación específica es la concesión de subsidios, por lo que no podrán utilizarse para fines distintos a los previstos en la Constitución y en la ley. Así mismo, no puede aplicarse de ellos su fenecimiento presupuestal.

En cuanto a las fuentes de los recursos de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, el artículo 14 del Decreto 565 de 1996 estableció cuál puede ser el origen de estos fondos en los siguientes términos:

“ART. 14.—Fuentes de los recursos para otorgar los subsidios a través de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos. Podrán utilizarse como fuentes para el otorgamiento de los subsidios las siguientes:

“a) Los recursos provenientes de los aportes solidarios definidos en el artículo 1º de este decreto, podrán ser administrados por las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios;

“b) Los recursos obtenidos de otros fondos de solidaridad y redistribución de ingresos del orden municipal, distrital y departamental;

“c) Recursos provenientes de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, tanto los correspondientes a libre inversión como los que deben destinarse al sector (L.60/93);

“d) Recursos provenientes del 10% del impuesto predial unificado al que se refiere el artículo 7º de la Ley 44 de 1990, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo;

“e) Recursos provenientes de las regalías por concepto de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, de acuerdo con la Ley 141 de 1994;

“f) Recursos presupuestales de las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial (C.N., art. 368), y

“g) Otros recursos presupuestales a los que se refiere el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994.

Para el sector de energía y gas, el artículo 10 del Decreto 847 de 2001, prevé que el Ministerio de Minas y Energía definirá los criterios con los cuales el Gobierno Nacional asignará los recursos del presupuesto nacional y del Fondo de Solidaridad destinados a sufragar los subsidios, teniendo en cuenta que también los Municipios, Departamentos y Distritos podrán incluir apropiaciones presupuestales para este fin.



2.1.4. Transferencia de los subsidios del municipio a los prestadores de servicios públicos para su otorgamiento.

Tal como lo dispone el numeral 99.8 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 11 del Decreto 565 de 1995, las transferencias de dinero de las entidades territoriales por concepto de subsidios, deberán ser giradas a la entidad prestadora del servicio público para la aplicación de los subsidios, en un plazo de treinta días, contados desde la misma fecha en que la entidad prestadora expida la factura a cargo del municipio.

Para asegurar esta transferencia, los recursos destinados a otorgar subsidios, y que provengan de las tesorerías de las entidades territoriales, deberán ceñirse en su manejo a lo que se estipule en el contrato que para el efecto debe suscribirse entre el municipio, distrito, o departamento y las entidades encargadas de la prestación de los servicios públicos, en el que, entre otros, se establecerán intereses de mora.

De acuerdo con los preceptos referidos, la suscripción de los contratos para asegurar la transferencia de recursos para otorgar subsidios surge de una obligación legal y tiene por finalidad la transferencia de dichos recursos. Adicionalmente, este tipo de acuerdo es una modalidad especial no tipificada ni en el derecho público ni en el derecho privado y su operatividad corresponde a la entera autonomía de las partes.

Sobre la suscripción de este tipo de convenios, los municipios y las empresas no pueden excusarse en la inexistencia de este tipo de acuerdos para incumplir sus obligaciones constitucionales y legales tendientes al giro y otorgamiento de subsidios, puesto que tales recursos se encuentran constitucionalmente protegidos y destinados a un fin específico, razón por la cual si los recursos han sido apropiados por el municipio, y la empresa a través de una cuenta de cobro o una factura le solicita el giro de los recursos, es procedente la entrega de los mismos y su posterior otorgamiento, aunque no se hubiere suscrito el convenio referido.



2.1.5. Transferencia de recursos a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos en el evento de superávit en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Según el artículo 9 del Decreto 565 de 1996, la empresa prestadora transferirá los recursos superavitarios al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos.

Ahora bien, si la empresa desarrolla sus actividades en varios municipios de un mismo departamento, los superávits deberán ingresar a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos de los respectivos municipios donde éstos se generen.

Estos recursos, al tenor de lo normado en el artículo 15, tan sólo se podrán utilizar serán destinados exclusivamente, dice la norma], a cubrir los déficit en subsidios, debiéndose repartir de la siguiente manera:

1. A empresas deficitarias en subsidios cuyo ámbito de operaciones, naturaleza y servicio sean los mismos que la entidad territorial de la empresa aportante.
2. Si aún persiste el superávit, este se depositará en los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de municipios, distritos o departamentos limítrofes que hayan arrojado déficit para cubrir los subsidios y sus destinatarias serán las empresas de igual naturaleza y servicio que la que origina el superávit.

2.2. Naturaleza jurídica de la contribución.

Las normas que regulan el régimen de subsidios y contribuciones, se refieren a este concepto de diferentes maneras, pues mientras el Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios denomina contribución al "factor que se aplica para dar subsidios", la Ley 143 de 1994 la bautizó bajo el nombre de "contribución" y la Ley 223 de 1995 la llamó "sobretasa o contribución especial". De otro lado los Decretos 565 de 1996 y 849 de 2002 hacen mención a los mismos como "aportes solidarios o sobreprecio".

Se puede afirmar, que las contribuciones son recursos que se arbitran con cargo a los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6 y a los de naturaleza industrial y comercial, y son el resultado de aplicar al valor del servicio el factor de que trata la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 2 de la Ley 632 de 2000, cuya diferencia se presenta en la respectiva factura, con la finalidad de coadyuvar en la conformación del esquema financiero, necesario para subsidiar los costos básicos de los servicios a los beneficiarios de los mismos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la mencionada contribución, la Corte Constitucional, ha señalado que se se trata de un impuesto con destinación específica, toda vez que ostenta el carácter de general frente a los destinatarios de las mismas, tiene estirpe vinculante y, a diferencia de las tasas, su pago no constituye una retribución por un servicio prestado.

A esta conclusión arribó con base en las siguientes razones:



- a) Su imposición no es el resultado de un acuerdo entre los administrados y el Estado.
- b) Su pago es obligatorio y quien lo realiza no recibe retribución alguna, razón por la cual no se puede sostener que este pago es una tasa o sobretasa.
- c) El sujeto pasivo del tributo es todo usuario de los sectores industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6.
- d) Las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios son agentes recaudadores del tributo y, en este orden de ideas, asumen las obligaciones propias de dicha actividad.
- e) El hecho gravable es ser usuario de los servicios públicos que prestan las empresas correspondientes.
- f) La base gravable la constituye el valor del consumo que el sujeto pasivo está obligado a sufragar.
- g) En cuanto al monto del impuesto, si bien no está determinado directamente por la ley, si es determinable, pues en principio se estableció en la Ley 142 de 1994, que éste no podía ser mayor al 20% del valor del servicio prestado. No obstante, tal como se indicó anteriormente, el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 dispuso que para las entidades prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el factor referido se ajustaría 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 la ley, y se mantenga el equilibrio.

Tratándose del servicio público de energía, el monto de éste se fijó directamente en un 20% del valor del servicio, a partir de la expedición de la Ley 223 de 1995, en su artículo 95.

Ahora bien, en lo que corresponde a su destinación, es importante tener en cuenta que el numeral 86.2 del artículo 86 y el numeral 87.3 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 establecieron que los aportes solidarios se otorgarán para el cubrimiento, vía subsidios, de las necesidades básicas de las personas de menores ingresos.

Lo anterior supone que los aportes solidarios al igual que los subsidios, tienen destinación específica, por lo que únicamente podrán destinarse al otorgamiento de tales subsidios en los términos previstos en la ley.

En lo referente a los beneficiarios de estos aportes, según las voces del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, los mismos se deben aplicar para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2, igualmente, se definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3 y los obligados a su pago son los usuarios de los inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6 así como los usuarios industriales y comerciales.

En este orden de ideas, la naturaleza jurídica de las contribuciones por solidaridad constituyen un tributo por cuanto reúnen los requisitos a que se refiere la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1998 analizada.



Sin embargo, en el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, no puede ser catalogada como tributo del orden nacional, tal como ocurre con la del sector eléctrico y gas natural, por las razones que se presentan a continuación:

- Este tipo de contribuciones no ingresan a las arcas del tesoro, ya que su destino es la conformación de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos en el ámbito territorial, los cuales, a su vez, son cuentas especiales dentro de la contabilidad de los municipios.
- Contrario a lo que ocurre con las contribuciones propias del sector eléctrico y de gas natural, cuyos elementos se encuentran establecidos en normas de naturaleza legal, no ocurre lo mismo con las del sector de acueducto, alcantarillado y aseo, respecto de las cuales, según el esquema vigente, las entidades territoriales, a través de sus corporaciones de representación popular, son llamadas a establecer el porcentaje necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 632 de 2000.
- En este orden de ideas, las entidades territoriales no solamente son receptoras de los recursos que se arbitran por ese concepto, sino que participan decisivamente en establecer uno de los elementos esenciales del mismo, es decir, el porcentaje respectivo.

Lo anterior denota que las contribuciones del sector de agua potable y saneamiento básico, si bien son impuestos, no corresponden al orden nacional sino al territorial. En este orden de ideas, su naturaleza fiscal hace imperativo por mandato constitucional que sus elementos sean definidos por el organismo de representación popular.

2.2.2. Sujetos exentos del pago de la contribución. Competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Tal como se indicó en el aparte anterior, el factor a que hace referencia el artículo 89.1 "contribución de solidaridad" es un tributo, razón por la cual, respecto del mismo es imperativo el principio de legalidad tributaria.

En este orden de ideas, los sujetos exentos del pago del mismo han sido señalados por el legislador, por lo que no es dable extender tal beneficio más allá de lo expresamente indicando en la ley.

El artículo 89.7 de la Ley 142 de 1994 dispuso que los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994 y los centros educativos numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994 y asistenciales sin ánimo de lucro numeral 89.7



del artículo 89 de la Ley 142 de 1994 están exentos del pago de la contribución, lo cual se aplicará por solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora.

Ahora bien, respecto de la competencia para pronunciarse en materia de la contribución de solidaridad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a la competencia del Ministerio de Minas y Energía y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios respecto de la contribución de solidaridad del sector eléctrico, señaló que siendo la contribución de solidaridad un impuesto creado por el legislador en ejercicio de la facultad impositiva del Estado, en el caso de la definición tanto de los sujetos pasivos de la contribución como de aquellos que se encuentran exentos, es necesario distinguir lo siguiente:

- La viabilidad jurídica para que las autoridades administrativas, a través de pronunciamientos con alcance general y carácter vinculante, interprete una disposición legal que afecta uno de los elementos esenciales del tributo.
- La competencia de las autoridades administrativas para absolver consultas de los usuarios en estos aspectos.
- La competencia de la Superintendencia para resolver recursos de apelación en materia de exención de la contribución y sujetos pasivos de la misma.

En la oportunidad referida, el Consejo de Estado señaló que los pronunciamientos escritos de las autoridades administrativas sobre el tema objeto de análisis, asumen tres formas diferentes:

- a. Conceptos jurídicos o circulares instructivas de carácter general y vinculante;
- b. Conceptos jurídicos sin carácter vinculante en respuesta a peticiones o consultas, y
- c. Actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa, como los que emite la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuando resuelve el recurso de apelación interpuesto contra actos de facturación que fija el precio y los factores de la tarifa a usuarios particulares.

En cuanto a la primera forma de actuación, es decir a través de circulares o conceptos vinculantes, el Consejo de Estado señaló que no es viable que las autoridades administrativas mediante tales mecanismos, apliquen extensivamente la disposición legal que contempla por vía de excepción a los usuarios excluidos del pago de la contribución a favor de determinadas personas, por cuanto tal señalamiento le corresponde al legislador por virtud del principio de legalidad de los tributos previsto en el artículo 338 de la Constitución Política.

En otras palabras, "... la competencia constitucional para interpretar el numeral 7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en forma general, es del Congreso de la República, de acuerdo con el numeral primero del artículo 150 de la C.P."



En cuanto a la competencia de las autoridades administrativas para absolver consultas de los usuarios en aspectos de exención de la contribución o sujeto pasivo de la misma, el concepto del Consejo de Estado referido señaló que, en consideración a que el Ministerio de Minas y Energía tiene a cargo el manejo del fondo de solidaridad por disposición legal, incluyendo toda la operación contable y de conciliación de excedentes de las contribuciones que deben girar las empresas de servicios públicos que recaudan dicho gravamen, dicho Ministerio está facultado para atender peticiones y consultas relacionadas con la contribución de solidaridad, tanto a quienes están obligados a pagarla como de quienes están exentos.

Adicionalmente, el Ministerio en su carácter de administrador del fondo de solidaridad, está facultado para impartir las instrucciones necesarias para garantizar la buena marcha del mismo, y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios le corresponde vigilar el cumplimiento de los instructivos y demás actos que dicte el Ministerio sobre el particular.

En cuanto a las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Consejo de Estado señaló que la investigación de las quejas de los usuarios y las empresas, relacionadas con presuntas irregularidades en relación con el cobro de las contribuciones de solidaridad o la exoneración del pago de las mismas, así como los recursos que presenten los usuarios contra las empresas en esta materia, deben resolverse por esta entidad en cumplimiento de sus facultades constitucionales y legales y, en lo que se relaciona con los derechos de petición y de consulta, deberá aplicarse lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, hoy artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a su alcance.

No obstante, indicó dicha Corporación "... hay que recordar que la Superintendencia no es una entidad reguladora sino de control, por esa razón, sus conceptos no pueden ser obligatorios ni normativos, pues según se expuso en el primer punto, éstos son meramente orientadores y por lo mismo no pueden contener decisiones pues se transformarían en verdaderos actos administrativos; y en el caso específico de la contribución de solidaridad, no le es posible pronunciarse exonerando de su cobro a personas no incluidas expresamente en la ley".

Ahora bien, en desarrollo de la función de defensa de los derechos de los usuarios, el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, así como el Decreto 847 de 2001 para el servicio de energía eléctrica, facultan a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para resolver los recursos de apelación que formulen los usuarios a las empresas sobre esta materia.

Es importante señalar que el párrafo segundo del artículo 6 del Decreto 847 de 2001, dispone la obligación a cargo de las empresas de servicios públicos, de hacer devoluciones a los usuarios de sumas cobradas por tal concepto, cuando estos demuestren que tienen derecho a ello, utilizando el mecanismo previsto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994.



Así las cosas, concluyó el Consejo de Estado: "... la Superintendencia de Servicios Públicos es la entidad competente para decidir los recursos de apelación interpuestos por los usuarios contra las facturas de cobro en las que se incluya la contribución de solidaridad, y resolver en cada caso concreto si el solicitante se encuentra exceptuado de pagarla en los términos taxativos que fija la ley".

No obstante lo anterior, es importante señalar que el Ministerio de Minas y Energía mediante la Circular 18078 de diciembre 6 de 2005, al hacer claridad sobre la exención de contribución de solidaridad de los usuarios señalados en la Ley 142 de 1994 y para dar alcance a la Circular 010 de 2005, declaró que las empresas o entidades públicas o privadas de orden nacional, departamental, municipal o distrital que desarrollen actividades industriales y/o comerciales (como bancos, empresas de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, empresas de telecomunicación, escenarios deportivos, centros recreativos, aeropuertos, mataderos, cementerios, centros religiosos, cajas de compensación, etc) están obligadas al pago de la contribución de solidaridad sobre el valor del consumo del servicio y las empresas que les prestan el servicio deben facturarla y recaudarla.

Así mismo, dispuso que la contribución de solidaridad de energía eléctrica que están obligadas a pagar las empresas de acueducto y alcantarillado de conformidad con el Decreto 2287 de 2004 aplica para los consumos utilizados específicamente en las actividades operativas inherentes a la propia prestación del servicio de acueducto y/o alcantarillado (ejemplo: bombeo); las demás actividades siempre pagarán el valor del servicio como contribución de solidaridad.

LOMB
C.
LA SETE
ecilia E

Igualmente existe tratamiento especial respecto de la contribución de solidaridad de los inmuebles de uso residencial donde funcionan los hogares comunitarios de bienestar y sustitutos que serán considerados como de estrato uno, los asentamientos Indígenas ubicados en zona rurales dispersas, las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en lo relacionado con los consumo de energía eléctrica que sea utilizado específicamente en las actividades operativas inherentes a la propia prestación del servicio público y los usuarios del sector eléctrico en relación con la energía eléctrica producida por un autogenerador para la atención de sus propias necesidades.

Existen otros sujetos señalados por el legislador como exentos del pago de la contribución. Tal es el caso de la persona jurídica que se origina con la constitución de la propiedad horizontal, cuyo régimen se encuentra previsto en el la Ley 675 de 2011.

En efecto, por virtud del artículo 33 de dicha normativa, al señalar la naturaleza y características de esta persona jurídica, señala que es de naturaleza civil, sin ánimo de lucro y tendrá la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, así como del impuesto de industria y comercio, en relación con las actividades propias de su objeto social, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986.

72

Ahora bien, la Corte Constitucional al referirse a la exención del pago de impuestos de la persona jurídica mencionada, así como la pérdida de este beneficio, señaló:

“El propio artículo 33 de la Ley 675 de 2001 precisa que la persona jurídica originada en la constitución de la propiedad horizontal “tendrá la calidad de no contribuyente de impuestos nacionales, así como del impuesto de industria y comercio, en relación con las actividades propias de su objeto social, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986”. Por lo tanto, aún sin cumplir el proceso de desafectación regulado en la misma ley, si esa persona jurídica realiza actividades ajenas a su objeto social (“administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal”), pierde, por ese sólo hecho, tal calidad. Será competencia de las autoridades tributarias nacionales y municipales, en relación con los tributos nacionales en el primer caso, y con el de industria y comercio, en el segundo, determinar, en cada caso concreto, si una persona jurídica originada en la constitución de una propiedad horizontal, realiza actividades ajenas a su objeto social, las que serían materia de gravamen. De no ser así, las propiedades horizontales contarían con una ventaja tributaria injustificada en relación con otras personas jurídicas que se dedican al mismo tipo de actividad lucrativa, comercial, industrial o de servicios, o explotan de la misma manera privada bienes semejantes; y quienes trabaren relaciones comerciales con ellas gozarían también de una ventaja injustificada en comparación con el universo de quienes establecen cotidianamente relaciones comerciales con otras categorías de personas jurídicas”.

En este orden de ideas, solo las autoridades tributarias puede determinar, analizando el asunto particular, si la persona jurídica originada en la constitución de una propiedad horizontal, realiza actividades ajenas a su objeto social que darían origen a que se encuentren gravadas.

Sobre el particular, el Ministerio de Minas mediante la Circular 18077 de 2005, precisó el alcance de las Circulares MME 050 de 2003, 078 de 2003 y 039 de 2004, respecto de la exención de la contribución de solidaridad a las áreas comunes de la propiedad horizontal.

Así mismo, la Ley 1607 de 2012 reitera dicha exención y las consecuencias de la pérdida de la misma.

Otra exención autorizada por el Legislador se aplica respecto de los usuarios industriales, quienes por disposición del artículo 2 de la Ley 1430 de 2010, modificatorio del Estatuto Tributario, a partir del año 2012 no son sujetos del cobro de la contribución.

Esta disposición fue reglamentada mediante los Decretos 2915 de 2011 y 4955 de 2011 en cuanto al señalamiento de cuáles usuarios industriales pueden ser beneficiarios de la exención, así como las condiciones necesarias para que los prestadores de los servicios públicos den aplicación a la disposición en comento.



En el aspecto de vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica deberán suministrar trimestralmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través del SUI, la relación de los usuarios industriales a quienes les hayan facturado el servicio, basados en las solicitudes y las modificaciones requeridas por los suscriptores para los inmuebles donde se desarrolle la actividad industrial principal relacionada correspondiente a los códigos 011 a 456 de la Resolución DIAN 00432 de 2008 o aquella que la modifique.

Por otra parte, es importante señalar el régimen que establecía beneficios de subsidios y contribuciones en materia del servicio de energía eléctrica y gas natural para usuarios y distritos de riego.

Lo anterior por cuanto, si bien inicialmente el artículo 112 de la Ley 1152 de 2007, estableció la obligación a cargo de la Nación de asignar un monto de recursos destinados a cubrir el valor correspondiente a un porcentaje del cincuenta por ciento (50%) del costo de la energía eléctrica debidamente comprobado por las electrificadoras de cada región, de los usuarios de los distritos de riego y de los distritos de riego administrados por el Estado o por las asociaciones de usuarios debidamente reconocidas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y dispuso que para efectos de la clasificación de los usuarios del servicio de energía eléctrica, la utilización de la energía eléctrica para riego dirigido a la producción agropecuaria se clasificará dentro de la clase especial, la cual no pagaría contribución; una vez se produjo la declaratoria de inexecutable de la mencionada Ley y, por ende, perdió vigencia la exención de la contribución prevista en ella, era necesario regular aquellas obligaciones causadas y no pagadas durante la vigencia de la Ley 1152 de 2007.

Es así, que el artículo 64 de la Ley 1450 de 2011, volvió a referirse a la exención para regular aquellas "obligaciones causadas y no pagadas" en el año 2009, las cuales se cancelarían con cargo al Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal 2012.

Sobre el particular, el Ministerio de Minas y Energía en el concepto No. 2012024434 del 2 de mayo de 2012, señaló que con la expedición de la Ley 1450 existe la posibilidad que se reconozca a los usuarios de los distritos de riego, el subsidio de energía eléctrica de que trataba el artículo 112 de la ley 1152 de 2007, pero exclusivamente para el año 2009, pues en dicha norma expresamente se señaló el reconocimiento retroactivo de aquellos subsidios que se causaron durante el 2009 pero que por causa de la declaratoria de exequibilidad de la misma no se pagaron.

En dicha oportunidad señaló el Ministerio:

"Es de anotar que este conocimiento sólo procede para aquellos usuarios que hubiesen solicitado en el año 2009, antes de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 1152 de 2007, el reconocimiento del subsidio y hayan acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 112 de esa ley. Por otra parte, el mencionado reconocimiento del



75

subsidio por parte del comercializador al usuario del distrito de riego, deberá hacerse a partir de la solicitud que hubiere presentado el usuario mismo”.

2.2.3. Devolución y cobro de aportes por Contribución. Limitación temporal del artículo 150 de la Ley 142 de 1994.

El artículo 150 de la Ley 142 de 1994 señala una penalidad a las empresas de servicios públicos cuando de manera negligente o por error dejan de incluir conceptos por “bienes o servicios” en la factura. De igual manera, es una forma de poner límite a la exigibilidad de obligaciones a través de la factura y conceder algún grado de certidumbre al usuario al respecto.

Ahora bien, la norma citada indica la naturaleza de aquellos cobros que no pueden efectuar las empresas cinco meses después de haber entregado la factura correspondiente, indicando que se trata de: bienes, servicios o consumos.

En este orden de ideas, resulta necesario establecer la diferencia entre el valor que corresponde al servicio y el denominado factor, contribución o sobretasa.

Sobre el particular, el Consejo de Estado(42) ha señalado:

“ (...) Es precisamente en disposiciones como las referenciadas en las que se hace una diferenciación entre el “valor que corresponde al servicio” y el denominado “factor”, “contribución” o “sobretasa” que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Esta aseveración nos conduce a una primera afirmación: la suma de estos dos elementos da como resultado el valor total de la factura más no el monto del consumo que es un componente de la misma. Esta conclusión necesariamente conduce a desentrañar la naturaleza jurídica de la suma cobrada a los estratos 5 y 6 y a los sectores industrial y comercial. La contribución posee el carácter de impuesto, pues como ha señalado el juez constitucional, todos los elementos del tributo pueden identificarse sin dificultad

(...)

Como puede observarse, la inclusión de la contribución en el concepto de consumo mensual para realizar la liquidación es contrario a lo dispuesto en el acuerdo 050 de 1996, ello se deduce fácilmente de los razonamientos expuestos, de los que se puede inferir que el consumo es un factor comprendido dentro del total de la factura del servicio público de energía eléctrica, que encuentra una identidad con el “valor del servicio efectivamente prestado” al ser medible y comparable a través de los instrumentos que la técnica dispone para el efecto, medición que además constituye un derecho que se traduce en la información



que de la misma hace el operador al usuario, que se diferencia claramente de la contribución que, además de ser otro factor a tener en cuenta en el monto total de la factura, es un impuesto de destinación específica cuya base gravable es precisamente el valor del consumo”.

En ese orden de ideas, la contribución de solidaridad es diferenciada claramente por la jurisprudencia, del concepto de consumo y, conservando la línea argumental expuesta, resulta también predicable que no puede asociarse con ninguna otra clase de bien o servicio que pueda incluirse en la factura de servicios públicos, pues su naturaleza ha sido definida como un impuesto.

Así las cosas, las contribuciones, como impuesto que son, no están incluidas dentro de los conceptos establecidos en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, para ser llamados cobros inoportunos, y en ese sentido, ante el error u omisión por parte del prestador en la liquidación y recaudo de dicha contribución, procede su cobro a la mayor brevedad y la obligación del usuario de asumir el pago de la misma.

Ahora bien, al ser considerada como un impuesto de destinación específica, su pago y recaudo son actividades que revisten especial importancia y que resultan además de muy significativa relevancia para la prestación de los servicios públicos, pues de esos ingresos se nutre el sistema de subsidios que beneficia a los estratos con menor capacidad de pago. (...)



Como se desprende del texto transcrito, la naturaleza de la contribución de solidaridad, permite su desprendimiento respecto del consumo del usuario, a pesar de ser su cobro parte integral de la factura. Dicho criterio implica entonces que las limitaciones procedentes en virtud del artículo 150 de la Ley 152 de 1994 no se predicen respecto de los valores que constituyen el tributo de la contribución de solidaridad.

Ahora bien, el numeral 89.6 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, señala respecto de la posibilidad de devolución vinculada a los aportes solidarios, lo siguiente:

“89.6. Los recursos que aquí se asignan a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" son públicos. Por lo tanto, quienes hagan los recaudos estarán sujetos a las normas sobre declaración y sanciones que se aplican a los retenedores en el Decreto 624 de 1989 y en las normas concordantes o que lo sustituyan; pero deberán haber devoluciones en el momento en que el usuario les demuestre que tiene derecho a ellas. La obligación de los retenedores que hagan el cobro del factor o infractores se extinguirá y cobrará en la forma prevista para las obligaciones que regulan las normas aludidas, en lo que sean compatibles con esta Ley y con la naturaleza de los cobros respectivos; y las moras se sancionarán como las moras de quienes están sujetos a las obligaciones que regulan tales normas.”

Por su parte, en cuanto a los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas natural por red, el parágrafo 2º del artículo 6 del Decreto 847 de 2001 señala:

"ARTÍCULO 6o. SUJETOS RESPONSABLES DE LA FACTURACIÓN Y RECAUDO DE LA CONTRIBUCIÓN DE SOLIDARIDAD. Son responsables de la facturación y recaudo de la contribución de solidaridad, las siguientes personas:

(...)

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

Como puede apreciarse, la norma señala la instancia, el medio y el procedimiento pertinente para la solicitud de las devoluciones a las que haya lugar en virtud de la aplicación de los aportes solidarios, remitiendo expresamente a lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994.

Lo anterior implica que la solicitud para la devolución por concepto de contribuciones debe realizarse por el usuario ante el correspondiente prestador, acudiendo para ello en ejercicio de los recursos de reposición y en subsidio de apelación frente al acto de facturación en que se viene adelantando o se ha adelantado el cobro de la misma.

Ahora bien, la posición unificada de esta Superintendencia en materia de procedencia de recursos se encuentra desarrollada en el concepto unificado SSPD-OJU-2010-15, la cual atiende a lo dispuesto por el artículo 154 de la Ley 142 de 1994, especialmente lo dispuesto en el inciso tercero de la precitada norma según el cual "En ningún caso, proceden reclamaciones contra facturas que tuviesen más de cinco (5) meses de haber sido expedidas por las empresas de servicios públicos".



No obstante lo anterior, retoma pertinencia para el presente caso, lo expuesto en los conceptos jurídicos SSPD-OAJ-2012-120 y SSPD-OAJ-2012-721, toda vez que en ellos se ha indicado la inaplicación del contenido del artículo 150 respecto de los cobros inoportunos y la limitante temporal para el cobro retroactivo de la contribución, en virtud de su naturaleza, lo cual habrá de aplicarse en el mismo sentido y conservando la línea argumental propuesta en su momento, que tampoco resulta aplicable respecto de la devolución de los aportes solidarios, la prohibición dispuesta en el artículo 154 de la Ley 142 de 1994 en su inciso tercero frente a que no proceden reclamaciones contra facturas con más de cinco meses de haber sido expedidas.

En ese sentido, se concluye de manera unificada, que en virtud de la naturaleza tributaria que acompaña al cobro de los aportes solidarios, no resultan aplicables a los cobros que haya que realizar por tal concepto, la prohibición contenida en el artículo 150 de la Ley 142 de 1994, es decir, que los prestadores podrán efectuar los cobros retroactivos que correspondan a los valores por contribución que hayan dejado de cobrar, incluso más allá de los cinco meses establecidos. En igual sentido, respecto de la solicitud de devoluciones de

aportes solidarios, tampoco resulta aplicable la prohibición para los usuarios de reclamar sobre facturas con más de cinco meses de expedición. Así, si el prestador aplicó mal la normativa en cuanto a monto de los aportes cobrando de más, o simplemente cobrando a quien se encontraba exento, el usuario afectado no tiene limitantes en el tiempo para solicitar retroactivamente se efectúen las devoluciones correspondientes, las cuales se efectuarán mediante débitos a su factura.

2.3. Normas especiales del régimen de subsidios y contribuciones por sector.

2.3.1. Estimación de los subsidios y bolsa común en el sector de acueducto, alcantarillado y aseo.

Con el fin de mantener el equilibrio que debe existir entre subsidios y contribuciones, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1013 de 2005, por medio del cual estableció la metodología para la determinación de equilibrio entre los subsidios y las contribuciones, para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, la cual fue adicionada mediante el Decreto 4715 de 2010, hoy derogado por el Decreto 4924 de 2011, el cual establece las reglas que adicionan la metodología para la distribución de los recursos provenientes de aportes solidarios en el otorgamiento de subsidios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

En general, los objetivos de estas disposiciones son los siguientes:

- i) Que sólo hagan parte de los recursos de la bolsa común los aportes solidarios mínimos establecidos en el artículo 125 de la Ley 1450 de 2011 y no la contribución efectivamente cobrada a los usuarios de los servicios de acueducto y alcantarillado que pertenezcan a los estratos 5 y 6, e industrial y comercial de los distintos municipios atendidos por un mismo prestador.
- ii) Incluir únicamente el requerimiento de subsidios máximos para los usuarios de los estratos 1 y 2, dado que la asignación de subsidios al estrato 3 es potestativa de las entidades territoriales.

Igualmente hay que precisar que el referido Decreto 4924 sólo aplica a aquellos municipios y/o distritos en los que la persona prestadora atiende usuarios mediante un sistema interconectado.



Ahora bien, la distribución de recursos de la bolsa se hará conforme a lo previsto en el artículo 3 del citado Decreto y para el efecto el prestador deberá establecer los requerimientos de subsidios de los usuarios de estratos 1 y 2, suponiendo un escenario de otorgamiento con los porcentajes máximos establecidos en la ley. El monto así calculado se ajustara aplicándole el factor que se obtiene al dividir el valor de la factura promedio para un municipio determinado por el valor de la factura promedio más alta de los municipios que conforman el ámbito de operación del prestado.

Con el propósito de obtener la distribución de los recursos disponibles de la bolsa, se calcula el porcentaje que se asignará a cada municipio, el cual se obtiene al dividir el valor del requerimiento de subsidios ajustado para cada ente por el total de los recursos requeridos por todos los municipios en el ámbito de prestación de la empresa. Si después de esa distribución hay superávits para alguno de los mercados que en cada municipio atiende el prestador, esos recursos se devolverán a la bolsa común y se aplicará el procedimiento del artículo 3 del Decreto 4924. En este caso únicamente se incluyen los municipios que presenten superávits, y la distribución se hará en proporción igual al aporte inicial de cada municipio a la bolsa común.

Ahora bien, de conformidad con el párrafo 2 del mencionado artículo 3, cuando las contribuciones sean superiores a las necesidades máximas de subsidios, el excedente se girará a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de los municipios y/o distritos que conforman el ámbito de operación, de manera proporcional al monto del aporte solidario generado en cada municipio o distrito.

Por otro lado debe mencionarse que de conformidad con el artículo 5 del citado Decreto, cuando se afecte el equilibrio entre subsidios y contribuciones, podrán adoptarse, entre otras, las siguientes alternativas: i) el alcalde correspondiente podrá solicitar a la prestadora que aplique los porcentaje de subsidios que el Concejo otorgue, caso en el cual la entidad territorial se comprometerá a cubrir los faltantes; ii) el municipio, en conjunto con el prestador, podrá acordar opciones para ajustar los subsidios de manera gradual, teniendo en cuenta la disponibilidad de recursos.



2.3.1.1. Metodología para el cubrimiento de subsidios en el evento de déficit en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

El Decreto 1013 de 2005 estableció la metodología aplicable cada año para asegurar que el monto total de las diferentes clases de contribuciones sea suficiente para cubrir el monto de

los subsidios que se otorguen en cada municipio o distrito por parte del respectivo concejo municipal o distrital, según sea el caso, y se mantenga el equilibrio entre unos y otros.

Para este propósito, el artículo 2 del Decreto en comento establece el siguiente procedimiento:

a) Las personas prestadoras estimarán cada año los montos totales de la siguiente vigencia, que debe corresponder a la suma de los subsidios necesarios a otorgar por estrato y para cada servicio, de acuerdo con la estructura tarifaria vigente y con los porcentajes de subsidios otorgados para el año respectivo por el municipio o distrito.

b) De igual forma los prestadores establecerán la diferencia entre el monto total de subsidios requeridos para cada servicio y la suma de los aportes solidarios a facturar. El resultado representará el monto total de los recursos necesarios para obtener el equilibrio.

c) Antes del 15 de julio de cada año, todas las personas prestadoras presentarán al alcalde, por conducto de la dependencia que administra el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos del respectivo municipio o distrito, según sea el caso, una estimación para el año siguiente del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de aportes solidarios, de acuerdo con la proyección de usuarios y consumos, la estructura tarifaria vigente, y el porcentaje o factor de aporte solidario aplicado en el año respectivo, así como la información del número total de usuarios atendidos, discriminados por servicio, estrato y uso, y para los servicios de acueducto y alcantarillado, la desagregación de consumos y vertimientos, respectivamente, según rango básico, complementario o suntuario.

En el servicio de aseo se reportarán adicionalmente los resultados del aforo de los grandes generadores y la información de los pequeños productores y multiusuarios que lo hayan solicitado.

d) El alcalde procederá a analizar la información proporcionada por las empresas y a preparar un proyecto consolidado para ser presentado a discusión y aprobación del concejo municipal o distrital.

e) El Concejo municipal distrital, conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar dicho faltante, teniendo en consideración prioritariamente los recursos con los que cuenta y puede contar el municipio o distrito en el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, con base en las distintas fuentes de recursos.

f) Tanto los factores de subsidio por estrato como el porcentaje o factor de aporte solidario en cada servicio, definidos por el concejo, serán iguales para todas las personas prestadoras del mismo servicio en el municipio o distrito respectivo.

Una vez aprobado y expedido el acuerdo correspondiente, el alcalde y el concejo municipal o distrital, deberán divulgarlo ampliamente en los medios de comunicación locales y regionales,



señalando claramente el impacto de su decisión sobre las tarifas a usuario final de cada uno de los servicios.

2.3.1.2. Aportes mínimos y topes máximos.

El artículo 125 de la Ley 1450 de 2011, estableció para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, los siguientes topes mínimos de aporte solidario:

- a) Para los suscriptores Residenciales de estrato 5: cincuenta por ciento (50%) del costo de la factura.
- b) Para los suscriptores Residenciales de estrato 6: sesenta por ciento (60%) del costo de la factura
- c) Para los suscriptores Comerciales: cincuenta por ciento (50%) del costo de la factura
- d) Suscriptores Industriales: treinta por ciento (30%) del costo de la factura.

Respecto de los montos máximos de los subsidios, estos son: setenta por ciento (70%) del costo del suministro para el estrato 1, cuarenta por ciento (40%) para el estrato 2 y quince por ciento (15%) para el estrato 3.

Adicionalmente, los factores de subsidios y contribuciones aprobados por los respectivos Concejos Municipales tendrán una vigencia de cinco (5) años, no obstante que podrán ser modificados antes del término citado, siempre y cuando varíen las condiciones para garantizar el equilibrio entre subsidios y contribuciones.



2.3.2. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos en los servicios públicos de energía eléctrica y de gas combustible - Factor de aporte solidario.

En lo que corresponde a la aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos en los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, tenemos lo siguiente:

El subnumeral 1.2 del artículo 1 del Decreto 847 de 2001 define la contribución de solidaridad en los siguientes términos:

"1.2. Contribución de Solidaridad. Es un recurso público nacional, su valor resulta de aplicar el factor de contribución que determina la ley y la regulación, a los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciales, sobre el valor del servicio"

Por su parte, la Ley 143 de 1994 señaló en su artículo 47:

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

De otra parte, el artículo 7 del Decreto 847 de 2007 dispuso lo siguiente:

"ART. 7º-Factor con el cual se determina la contribución de solidaridad. Los límites de la contribución de solidaridad en electricidad y gas combustible distribuido por red física, serán los fijados por la ley. Dentro de estos límites y de acuerdo con las necesidades de subsidio, la Comisión de Regulación de Energía y Gas por resolución podrá variar la contribución de solidaridad"

Siendo responsables de la facturación y el recaudo de la contribución, al tenor de lo establecido en el artículo 6 del Decreto en comento:

- a. Las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.
- b. Las personas autorizadas conforme a la ley y a la regulación para comercializar energía eléctrica o gas combustible distribuido por red física.
- c. Las personas que generen su propia energía, la enajenen a terceros y tengan una capacidad instalada superior a los 25.000 kilovatios, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.4 de la Ley 142 de 1994.
- d. Las personas que suministren o comercialicen gas combustible por red física con terceros en forma independiente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 89.5 de la Ley 142 de 1994"

Debe recordarse, tal como se señaló anteriormente, que la contribución de solidaridad en éste sector tiene el carácter de recurso público nacional, por así establecerlo el mencionado sub - numeral 1.2 del artículo 1 del Decreto 847, que para estos efectos debe ser interpretado en concordancia con lo normado en el artículo 5 de la Ley 143 de 1994:

"ART. 5º-Las contribuciones que paguen los usuarios del servicio de energía eléctrica pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial regulados y



no regulados, los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial, y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores, y los usuarios de los servicios públicos de telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física o de telefonía básica conmutada y serán utilizados por las empresas distribuidoras de energía, o de gas, o por las prestadoras del servicio público de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes los aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos I, II y III áreas urbanas y rurales. (...)"

Siendo esta la razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del mismo decreto, los prestadores de los servicios públicos son patrimonialmente responsables por el recaudo y el traslado oportuno de estas sumas de dinero, teniendo el deber de informar trimestralmente al Ministerio de Minas y Energía - fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos, acerca de los valores facturados y recaudados de la contribución de solidaridad, así como de los valores que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas presupuestales y en las leyes 142 y 143 de 1994 y 286 de 1996, asignen los prestadores del servicio.

Ahora bien, en lo que corresponde a la forma en la cual se deben contabilizar las contribuciones de solidaridad por parte de las empresas prestadoras de los servicios de energía y gas, el artículo 6 de la Ley 632 de 2000 dispuso:

"ART. 6º-Contabilización de contribuciones de solidaridad de las empresas de energía y gas. Las contribuciones de solidaridad reguladas en las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996, se contabilizarán por el monto facturado por las empresas.

"Los montos facturados de la contribución de solidaridad que se apliquen a subsidios y no puedan ser recaudados, podrán ser conciliados contra nuevas contribuciones seis (6) meses después de facturados. Si posteriormente se produce el recaudo, deberán contabilizarse como nueva contribución.

"No se podrán girar recursos para pagar subsidios con recursos provenientes del Presupuesto General de la Nación o del "fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos" a aquellas empresas que no entreguen la información en los términos y la oportunidad señalada en el reglamento que para tal efecto expida el Ministerio de Minas y Energía.

"Si el cálculo del excedente que reporte una empresa es inferior al excedente estimado por el Ministerio de Minas y Energía se girará inicialmente a las empresas que presenten déficit en la misma zona territorial o al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, según el caso,

el monto del excedente estimado por la empresa. Si en el término de tres (3) meses, contados desde la fecha en que se emitió la instrucción de giro por parte del Ministerio de Minas y Energía, la empresa no ha justificado, a juicio de este, la diferencia entre las estimaciones del ministerio y las suyas, deberá girar a las empresas de la misma zona territorial o al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, el monto de la diferencia entre el primer giro realizado y el valor estimado por el Ministerio de Minas y Energía como excedente, con los intereses corrientes generados hasta la fecha que se efectúe el giro”

2.3.2.1. Factor de subsidio en los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.

Dice así el artículo 6 de la Ley 143 de 1.994:

“ART. 3º—En relación con el servicio público de electricidad al Estado le corresponde:

“(…)

“f) Alcanzar una cobertura en los servicios de electricidad a las diferentes regiones y sectores del país, que garantice la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios de los estratos I, II y III y los de menores recursos del área rural, a través de los diversos agentes públicos y privados que presten el servicio, y

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

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

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

A su turno el Decreto 847 de 2001 definió los subsidios en los siguientes términos:

“1.5. Subsidio. Es la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe, y se refleja como el descuento en el valor de la factura a los usuarios de menores ingresos”



Siendo pertinente agregar que en el caso de los servicios públicos de gas combustible distribuido por redes de tubería y energía eléctrica, el límite de subsidios se fijó en el artículo 3 de la Ley 1117 de 2006, norma según la cual en ningún caso, para el estrato 1, el porcentaje del subsidio podrá ser superior al 60% del costo de la prestación del servicio y para el estrato 2 este límite máximo se estableció en el 50%, sin que estos límites sean de recibo en las zonas no interconectadas.

Debe tenerse en cuenta, además, que conforme lo ordena el artículo 4 del Decreto 847, las empresas prestadoras deberán llevar contabilidad interna y separada de los subsidios y contribuciones facturados y por servicio prestado y en el artículo 2 del Decreto 201 de 2004 se establece el procedimiento interno para lograr el equilibrio entre subsidios y contribuciones de las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física.

2.3.2.2 Fondo de solidaridad y redistribución de ingresos en energía eléctrica y distribución de gas natural.

Según lo dispuesto por el Artículo 2 del Decreto 847 de 2001, éste fondo es una cuenta especial creada para el manejo de los recursos públicos provenientes de los excedentes de la contribución de solidaridad, destinados a subsidiar la prestación de estos servicios públicos domiciliarios, sin personería jurídica.

Ahora bien, en lo que corresponde a la asignación de estos recursos, esta es una función del Ministerio de Minas y Energía, que deberá ejercerla teniendo en cuenta, de manera preferente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios recursos.



2.3.2.3. Transferencia de recursos al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos.

El artículo 12 del Decreto 847 de 2001 establece que si después de efectuada la conciliación referida en su respectivo mercado de comercialización, teniendo en cuenta el número de usuarios reportado al Ministerio de Minas y Energía a 31 de diciembre del año anterior, se determina la existencia de superávit, la empresa prestadora lo transferirá al fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos dentro de los plazos indicados en el artículo 5 edjusem, so pena de que se causen los intereses moratorios de que trata el parágrafo 1 de este artículo.

De igual forma en dicho párrafo se establece que cuando se presenten diferencias entre las conciliaciones presentadas por el prestador y las efectuadas por dicho Ministerio, aquél las deberá justificar, para cuyo efecto le remitirá al Ministerio su información soporte dentro de los 2 meses siguientes a la fecha en la que recibió la conciliación efectuada por el Ministerio de Minas y Energía. Si transcurridos 3 meses contados a partir de la fecha en que recibió la conciliación efectuada por el Ministerio, el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos no encuentra justificada la diferencia, la conciliación realizada por el Ministerio de Minas y Energía quedará en firme y el monto de la diferencia deberá ser girado junto con sus intereses corrientes a la empresa de la misma zona territorial o al fondo de solidaridad y redistribución de ingresos de acuerdo con las instrucciones que imparta el Ministerio de Minas y Energía.

Estos excedentes, luego de cubrir los déficit validados desde el 1º de enero de 1998, deberán utilizarse en la financiación de obras de electrificación rural, incluyendo el costo de conexión y medición del usuario.

Ahora bien, los excedentes que se presenten en el Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos del sector gas natural distribuido por red física, luego de cubrir los déficit validado desde el 1º de enero de 1997, se utilizarán para financiar programas que conduzcan a incrementar su cobertura en estratos 1, 2 y 3 incluyendo la conexión y medición del usuario.

2.3.2.4. Metodología para el cubrimiento de los subsidios en el evento de déficit.

Respecto del procedimiento para lograr el equilibrio entre subsidios y contribuciones debe mencionarse lo siguiente:

- a) Las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios enviarán trimestralmente al Ministerio de Minas y Energía, dentro de los dos meses siguientes a la culminación de cada trimestre, la conciliación de sus cuentas de subsidios y contribuciones de solidaridad, de conformidad con la metodología establecida por el Ministerio de Minas y Energía.
- b) El artículo 13 del Decreto 847 de 2007 señala que los prestadores de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física, tienen la obligación de estimar el producto de las contribuciones de solidaridad que razonablemente esperan facturar en la vigencia fiscal inmediatamente siguiente y suministrar tal información, a más tardar la última semana del mes de abril del año anterior a que se inicie dicha vigencia fiscal al fondo de



solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos, a la Nación y demás entidades competentes para decretar subsidios.

Ello con el fin de que estas las tengan en cuenta al preparar sus presupuestos para la asignación de recursos para subsidiar tales servicios.

c) De conformidad con el artículo 3 del Decreto 847 de 2001, le corresponde al Ministerio de Minas y Energía en relación con el fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos determinar el monto de las contribuciones facturadas y los subsidios aplicados que se reconocerán trimestralmente a las empresas que los facturen y administrar y distribuir los recursos del fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y/o del presupuesto nacional, de conformidad con las leyes vigentes.

d) El artículo 10 del Decreto 847 de 2001 establece que el Ministerio de Minas y Energía definirá los criterios con los cuales el Gobierno Nacional asignará los recursos del presupuesto nacional y del fondo de solidaridad destinados a sufragar los subsidios, teniendo en cuenta que también los municipios, departamentos y distritos podrán incluir apropiaciones presupuestales para este fin.

Al definir los criterios de asignación, siempre se deberá tener en cuenta preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios recursos igualmente la citada norma establece en su párrafo que no se podrán pagar subsidios con recursos provenientes del presupuesto nacional o del fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos a aquellas empresas que no entreguen la información en la oportunidad y de acuerdo con la metodología que establezca el Ministerio de Minas y Energía.

e) Finalmente debe anotarse que el párrafo del artículo 10 del Decreto 847 de 2001 establece que cuando la entidad prestadora que se ha ceñido a las exigencias legales y regulatorias, estime que el monto de las contribuciones, de los recursos del fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y las apropiaciones del presupuesto de la Nación, de los departamentos, de los distritos y de los municipios, no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios previstos, podrá tomar medidas necesarias para que los usuarios cubran los costos de prestación del servicio.





PROTECCIÓN DE DATOS
 Autorizo a la Notaria 77 del Círculo de Bogotá D.C., para incorporar mis datos personales en su base de datos, únicamente en función de la actividad Notarial.
 Ley Estatutaria 1581 de 2017
 Decreto 960 de 1970

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO Y PRESENTACIÓN PERSONAL

NOTARIA 77



ANTE LA NOTARIA SETENTA Y SIETE DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C. Compareció:

PALACIOS MEJIA HUGO
 quien exhibió: C.C. 17064471
 y declaró que la firma y huella que aparecen en el presente documento son suyas y que el contenido del mismo es cierto.
 Bogota D.C. Martes, 03 de Diciembre de 2019



BNTIGERX8ZVJNIV7

Verifique los datos impresos en este documento ingresando a www.notariaenlinea.com

x

 FIRMA DECLARANTE



cr2f33rc2ecdd2cb

Hugo Salcedo
 GLORIA CECILIA ESTRADA DE TURBAY
 NOTARIA 77 DE BOGOTÁ D.C.

JAR



ESPACIO EN BLANCO

NOTARIA 77



D-13622.
OK

DEMANDA CONTRA EL ARTÍCULO 313 DE LA LEY 1955 DE 2019

ÍNDICE



I.- EL ARTÍCULO ACUSADO.....	1
II.- RAZONES DE LA DEMANDA.....	2
I.- PRIMER CARGO: LA "SOBRETASA" DEL ARTÍCULO 313 DEL PND ES UN IMPUESTO CUYO RECAUDO NO SE DESTINA A UNO DE LOS PROPOSITOS PARA LOS CUALES LA CONSTITUCIÓN PERMITE CREAR "RENTAS DE DESTINACIÓN ESPECÍFICA". Violación de los artículos 359, y del inciso segundo del artículo 338 de la Constitución.	2
1.- EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL	2
2.- LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES INFRINGIDOS.....	3
3.- LA "SOBRETASA" A LA QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 313 ES UN "IMPUESTO".	3
3.1.-Taxonomía constitucional de los tributos.....	3
3.2.-El precedente: la decisión de la Corte sobre las "contribuciones de solidaridad".....	4
3.3.- La línea jurisprudencial sobre la naturaleza de las contribuciones que crearon las leyes 142 y 143: la sentencia C-766 de 2012.....	7
3.4.- El pago que exige el artículo 313 de la Ley PND no es el "precio" de la electricidad que reciben todos los usuarios en Colombia.....	9
3.5.- La "sobretasa" debe evaluarse a la luz del inciso primero del artículo 338 constitucional; no es una de las "tasas" o "contribuciones" a las que se refiere el segundo inciso de esa norma.	10
3.6.- La "sobretasa" que crea el artículo 313 no es el "precio" que deben pagar aquellos usuarios contribuyentes que reciben la electricidad de las empresas de las cuales la Superintendencia ha tomado posesión.....	10
3.7.- El pago El pago que exige el artículo 313 de la Ley PND se relaciona con el deber de "garantía" que impone al Estado el artículo 365 de la Constitución, no con la electricidad que el usuario recibe de las empresas en "toma de posesión"; y no corresponde a una "garantía" que el contribuyente haya solicitado o a la que pueda renunciar.....	11
3.8.- Además: el Estado, en Colombia, por regla general, no presta el servicio de energía eléctrica; lo prestan "empresas" que no requieren autorización estatal para prestar el servicio.....	12
3.9.- Aún cuando el Estado, excepcionalmente, preste el servicio de energía eléctrica, no se relacionará con el usuario como "autoridad"	14
3.10.-Conclusiones, en cuanto a la afirmación del que el artículo 313 crea un "impuesto" y no una "tasa"..	15

Non: 4:55pm



4.-LA "SOBRETASA" QUE CREA EL ARTÍCULO 313 DE LA LEY PND NO ES UNA DE LAS RENTAS NACIONALES PARA LAS CUALES EL ARTÍCULO 359 DE LA CONSTITUCIÓN, AUTORIZA UNA "DESTINACIÓN ESPECÍFICA" 16

4.1.-Según la jurisprudencia, el artículo 359 de la Constitución impide que haya "impuestos" de destinación específica, salvo para los fines que el artículo enumera en forma taxativa..... 16

4.2.-La "destinación específica" de la "sobretasa" que crea el artículo 313 de la Constitución, no es una de las que autoriza el artículo 359 de la Constitución, por lo que el artículo 313 es inconstitucional..... 19

5.-CONCLUSIÓN DEL CARGO PRIMERO..... 23

II.- SEGUNDO CARGO: LA "SOBRETASA" DEL ARTÍCULO 313 DEL PND VIOLA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, EQUIDAD, EFICIENCIA Y PROGRESIVIDAD. Violación de los artículos 13; 95, numeral 9; y 363 de la Constitución..... 24

1.-EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL..... 24

2.-LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES INFRINGIDOS..... 24

3.-NECESIDAD DE APLICAR UN "TEST ESTRICTO" DE PROPORCIONALIDAD..... 25

3.1.-El artículo 313 de la Ley PND no persigue una finalidad constitucional "imperiosa, urgente o inaplazable"..... 26

3.2.-El artículo 313 de la Ley PND viola el derecho fundamental a la igualdad, y los principios constitucionales de equidad y progresividad en asuntos tributarios, porque crea una "doble tributación" a algunas contribuyentes por el uso de un servicio público esencial. 28

3.3.-El artículo 313 de la Ley PND viola el derecho fundamental a la igualdad, y los principios constitucionales de equidad y progresividad en asuntos tributarios, porque no tiene en cuenta las diferencias en capacidad de pago de los diversos contribuyentes por el uso de un servicio público esencial. 29

4.-CONCLUSIÓN DEL CARGO SEGUNDO..... 32

III.- TERCER CARGO: EL ARTÍCULO 313 DEL PND INCURRE EN OMISIÓN RELATIVA Y VIOLA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y LEGALIDAD POR NO ESTABLECER, EN FORMA DIRECTA O POR REFERENCIA, PROCEDIMIENTOS EFICACES PARA PROTEGER LOS DERECHOS DE CONTRIBUYENTES Y COMERCIALIZADORES; Y UNA DEFINICIÓN CIERTA Y DIRECTA, DEL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO QUE CREA. Violación de los artículos 13; 29, 89 y 338 de la Constitución. 33

1.-LA NORMA ACUSADA DE OMISIÓN..... 33

2.-EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL..... 33

3.-LAS NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS..... 34

4.- LA INCONSTITUCIONALIDAD POR "OMISIÓN RELATIVA" EN LA JURISPRUDENCIA.. 35

5.-SUSTENTACIÓN DEL CARGO POR OMISIÓN RELATIVA..... 36



5.1.-La norma sobre la cual recae el cargo..... 36

5.2.-Omisión de condiciones esenciales para armonizar el texto legal con los mandatos de la Constitución..... 37

 5.2.a.-La Ley 1437 de 2011 (CPACA) no soluciona las omisiones del artículo 313 de la Ley del PND..... 39

 5.2.b.-Las leyes 142 y 143 de 1994 no solucionan las omisiones del artículo 313 de la Ley del PND..... 42

 5.2.c.-La facultad reglamentaria no permite subsanar la omisión de mandatos legales procedimentales para dar cumplimiento al artículo 313 de la Ley PND..... 44

5.3.-No hay razón suficiente para la exclusión de reglas sobre "sujetos pasivos y sobre los aspectos procedimentales de la determinación del tributo en el artículo 313 de la Ley PND..... 46

 5.3.a.-La omisión de procedimiento en el artículo 313 del PND no puede excusarse con el argumento de que los asuntos omitidos son de naturaleza "técnica" o "variable"..... 47

5.4.- La omisión de reglas legales para que los contribuyentes y los comercializadores puedan disponer de un "debido proceso" para proteger sus derechos ante la administración, respecto de las obligaciones que les crea el artículo 313 del PND los pone en desigualdad negativa frente a otros sujetos de obligaciones legales. 48

5.5.-La omisión en la que incurre el artículo 313 de la Ley PND es el resultado de la inobservancia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador. 49

 5.5.a.-Violación del deber impuesto por el artículo 89 constitucional..... 49

 5.5.b.-Violación del deber impuesto por el artículo 29 constitucional..... 50

 5.5.c.-Violación del deber impuesto por el artículo 338 constitucional..... 51

VII.- COMPETENCIA: 53

VIII.- ANEXOS:..... 53

