

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL VALLE DEL CAUCA

PROCESO No.
DEMANDANTE
DEMANDADO
MEDIO DE CONTROL
ASUNTO

76001-33-33-005-2015-00117-01
JESÚS ANTONIO PAREJA ANDRADE Y OTROS
GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. Y OTROS
POPULAR
SUBSIDIOS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO
DE GAS NATURAL DOMICILIARIO

Santiago de Cali (V.), treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADA PONENTE: Dra. LUZ ELENA SIERRA VALENCIA

Procede esta Corporación en Sala Fija Jurisdiccional de Decisión Oral No. 4, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia No. 064 del 27 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

Se indicó en la demanda que la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. en el año 2011 con el propósito de expandir la cobertura del gas natural domiciliario, le informó a los habitantes del barrio Coronado del Municipio de Palmira que el costo para la prestación del servicio era equivalente a \$1.226.000, que podía ser pagado de contado o financiado en tres o seis años.

Que en atención de lo anterior, los habitantes de dicho barrio firmaron contratos con GASES DE OCCIDENTE S.A. para la prestación del servicio, sin tener en cuenta que son personas de escasos recursos que en muchas ocasiones no pueden pagar la factura porque los cobros son muy altos, así como cargos e intereses que no son claros respecto de la financiación.

2. PRETENSIONES

En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

"(...) se sirva ordenar a la empresa Gases de Occidente abstenerse de cobrar el costo de la prestación del servicio. Darle aplicación a los subsidios pertinentes para cada usuario que cubre la parte exterior hasta el medidor en el cabal cumplimiento de la normatividad vigente Ley 632 art. 4 de 2000 y en el restablecimiento del derecho hacer las devoluciones de lo cobrado como sobre precio pactando de nuevo con los usuarios de manera legal como corresponde al interior del inmueble o sea la instalación interna según lo previsto en el ordenamiento jurídico."

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 GASES DE OCCIDENTE S.A.

Afirmó que con el propósito de incentivar la masificación de los servicios públicos, concedió plazos para amortizar los cargos de conexión domiciliaria de gas natural a los usuarios del barrio Coronado en el Municipio de Palmira, y que no es cierto que se cobren valores diferentes a los determinados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG- para los estratos 1 y 2, así como en el contrato de condiciones uniformes y la Ley 142 de 1994.

Manifestó que la empresa de servicios públicos no puede abstenerse de cobrar el costo del servicio o hacer devoluciones de lo pagado por concepto de la conexión domiciliaria, teniendo en cuenta que GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. no ha recibido dinero alguno por concepto de subsidios y que es a la Nación en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, a quien le corresponde su asignación.

En este sentido, sostuvo que la empresa suscribió un convenio con el Ministerio de Minas y Energía como administrador del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural, en el que se estipuló como objeto del mismo en la cláusula primera, que el Ministerio se compromete a cofinanciar a los usuarios de menores ingresos de los Municipios de Alcalá, Bolívar, Buenaventura, Calima – Darién, el Dovio, Río Frio, Toro, Trujillo, Ulloa, Versalles, Vijes y Yotoco, para la prestación del servicio de distribución de gas natural en esos municipios.

Que en razón del anterior convenio, GASES DE OCCIDENTE destina los dineros únicamente para los usuarios de los referidos municipios de los estratos 1 y 2 con el fin de cubrir el cargo de conexión en un 30% y 20% respectivamente, de acuerdo a los cargos establecidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

3.2. MUNICIPIO DE PALMIRA

En primer lugar señaló que la comunidad no le ha efectuado a la administración municipal petición alguna para el otorgamiento de subsidios, y que por el contrario la parte actora dirigió las solicitudes directamente a GASES DE OCCIDENTE para que se condonaran las deudas de los usuarios que firmaron contratos para la prestación del servicio público de gas natural domiciliario.

Pese a lo anterior, sostuvo que el ente territorial no es el legitimado en la causa para conceder los subsidios solicitados, pues es una función que le corresponde al Ministerio de Minas y Energía teniendo en cuenta que los subsidios se otorgan con recursos del orden nacional que hacen parte del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural.

Finalmente, indicó que en este caso no es aplicable la Ley 1753 de 2015 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018"*, que en su artículo 211 autorizó a los municipios o departamentos para que con recursos propios o del Sistema General de Regalías otorguen subsidios para los costos de conexión del servicio público de gas para los estratos 1 y 2 y la población rural, teniendo en cuenta que dicha normatividad se expidió con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda.

3.3. NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA

Manifestó que no está legitimado en la causa por pasiva para ser demandada en este proceso, porque el Ministerio es una entidad rectora de políticas, no tiene relación alguna con la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. y no intervino en los contratos suscritos con los usuarios para la prestación del servicio público de gas domiciliario.

Expuso que para tener derecho a los subsidios con recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento Gas Natural administrado por ese Ministerio, se debe cumplir el procedimiento establecido en la Resolución No. 0417 del 29 de septiembre de 2010, expedida por la

Unidad de Planeación Minero Energética, a la cual no se atemperó la parte actora para solicitar el subsidio.

4. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se presentó inicialmente como una acción de cumplimiento contra la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., y fue admitida mediante auto del 28 de enero de 2014; luego, a través de auto del 1 de abril del mismo año, se vinculó al MUNICIPIO DE PALMIRA como entidad accionada, afirmando que podía verse afectado con el resultado del proceso porque a los entes territoriales de conformidad con el artículo 311 de la Constitución Política, les corresponde prestar los servicios públicos.

El A quo mediante sentencia del 27 de junio de 2014, declaró la improcedencia de la acción afirmando que si bien los artículos 89, 89.2 y 89.3 de la Ley 142 de 1994 así como el artículo 4 de la Ley 632 de 2000 le atribuyen a los Municipios la responsabilidad de subsidiar los servicios públicos a los usuarios con menores ingresos, la acción de cumplimiento no procede para perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

La parte actora impugnó la anterior providencia; esta Corporación a través de auto No. 063 del 10 de febrero de 2015¹, declaró la nulidad de todo lo actuado argumentando que en este caso eventualmente puede presentarse una vulneración del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, por lo que ordenó darle trámite a la demanda como una acción popular.

El Juez de primera instancia obedeció la anterior decisión y admitió la demanda como una acción popular, vinculando a la NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA como parte demandada, teniendo en cuenta que esa cartera administra los recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento Gas Natural.

Finalmente, en la audiencia especial de pacto cumplimiento ninguna de la entidades accionadas presentó formula de arreglo, por lo que se declaró fallida.

¹ Magistrado Ponente Ramiro Ramírez Onofre

5. LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 064 el 27 de abril de 2016, negó las pretensiones de la demanda indicando que la entidades accionadas no han vulnerado los derechos colectivos de los habitantes del Barrio Coronado del Municipio de Palmira en lo que se refiere a la prestación del servicio público de gas natural domiciliario, pues se viene prestando efectivamente por GASES DE OCCIDENTE S.A. desde el año 2011, empresa con la cual los usuarios contrataron la conexión y prestación del servicio.

Expuso que si bien existe un fondo especial con el cual se puede subsidiar el costo de la conexión o puesta en funcionamiento de dicho servicio en los estratos socioeconómicos 1 y 2, la solicitud del subsidio debe hacerse por parte de los usuarios a través de la empresa prestadora del servicio público, para que ésta a su vez remita la petición a la Unidad de Planeación Minero Energética para que sea estudiada, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 417 del 3 de octubre de 2010 emitida por dicha entidad.

En este sentido, se anotó que la comunidad del Barrio Coronado no efectuó la solicitud previa para que se subsidiara la instalación de la conexión, y que por el contrario contrataron el servicio directamente con la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A., quien realizó la instalación y construcciones necesarias para la prestación del servicio público de gas natural domiciliario.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora apeló la anterior providencia, transcribiendo normas que en su concepto son aplicables al caso; adicionalmente, afirmó que la demanda no reclama la prestación del servicio público de gas natural domiciliario, sino que se apliquen los subsidios al costo de la conexión y medición efectuada por GASES DE OCCIDENTE S.A.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 30 de enero de 2016 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora; posteriormente, a través de proveído del 24 de marzo del mismo año, se

corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.

Durante dicho término, la parte actora manifestó que los habitantes del Barrio Coronado se han visto afectados por el cobro de la conexión del servicio público de gas natural domiciliario que no se encuentra subsidiado, al cual dicen tener derecho.

De otro lado, GASES DE OCCIDENTE S.A. indicó que no se ha vulnerado el derecho de acceso al servicio público de gas natural domiciliario de la comunidad y que por el contrario esa empresa facilitó la conexión del servicio, para lo cual fueron suscritos contratos de condiciones uniformes con los habitantes del barrio para la prestación del mismo; igualmente, señaló que la aplicación de los subsidios de los servicios públicos no es una competencia de las empresas prestadoras sino del Gobierno Nacional, y que se encuentra demostrado que la parte actora nunca solicitó ser beneficiaria de los subsidios.

Por su parte, la NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, diciendo que no tuvo injerencia alguna en los contratos suscritos entre los habitantes de dicho barrio y la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. para la prestación del servicio público de gas natural domiciliario.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

La controversia jurídica en esta instancia, se contrae a determinar si se ha vulnerado el derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna de los habitantes del Barrio Coronado del Municipio de Palmira, teniendo en cuenta que se alegó tanto en la demanda como en el recurso de apelación que GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P no les concedió subsidios para la conexión del servicio público de gas natural domiciliario, por lo que solicitan que se les devuelva el dinero pagado por dicho cargo.

2. RECAUDO PROBATORIO

Del plenario se destacan los siguientes documentos:

- Petición presentada por la parte actora el día 26 de julio de 2013², mediante la cual solicitó a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P la aplicación de subsidios y la restitución a los usuarios de lo pagado por el cargo de conexión del gas natural domiciliario en el Barrio Coronado del Municipio de Palmira.
- Oficio del 13 de agosto de 2013³, suscrito por el analista de peticiones, quejas y reclamos de GASES DE OCCIDENTE, a través del cual se dio respuesta a la anterior petición, informando que esa empresa suscribió el convenio de cofinanciación No. 124 de 2010 con el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA para llevar a cabo la conexión del servicio público de gas natural domiciliario en diferentes municipios del Departamento del Valle del Cauca en los estratos 1 y 2, entre los que no fue beneficiario el Municipio de Palmira.
- Convenio de cofinanciación No. 124 de 2010⁴, suscrito entre el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA como administrador del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural y la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A., con el objeto de cofinanciar la conexión del servicio público de gas natural domiciliario en los Municipios de Alcalá, Bolívar, Buenaventura, Calima Darién, El Dovio, Riofrío, Toro, Trujillo, Ulloa, Versalles, Vijes y Yotoco en el Departamento del Valle del Cauca, para los estratos 1 y 2.
- Solicitudes de servicio de gas natural domiciliario efectuadas por habitantes del Barrio Coronado del Municipio de Palmira a GASES DE OCCIDENTE S.A.⁵
- Facturas del servicio público de gas natural domiciliario prestado por GASES DE OCCIDENTE S.A. a diferentes usuarios del Barrio Coronado del Municipio de Palmira⁶, en las que se evidencia que sobre el consumo se aplica un subsidio, se cobra el cargo de conexión y la red interna.
- Contrato de condiciones uniformes para la prestación del servicio público de distribución y/o comercialización de gas combustible por red⁷.

² Folios 28 a 32 cuaderno No. 2

³ Folios 7 y 8 cuaderno No. 1

⁴ Folios 104 a 117 cuaderno No. 1

⁵ Folios 24 a 29 cuaderno No. 1

⁶ Folios 30 a 39 cuaderno No. 1

⁷ Folios 368 a 399 cuaderno No. 1A

3. DE LAS ACCIONES POPULARES

Según el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998, que desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; y al tenor del artículo 9º ibídem, proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses. Los citados supuestos deben demostrarse de manera idónea en el proceso respectivo.

4. DERECHO COLECTIVO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA

Respecto de este derecho, anota la Sala que ciertamente reviste el carácter de colectivo, no sólo porque fue enlistado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, sino también por sus características esenciales, las que permiten su salvaguarda mediante la acción popular, tal como lo dispone el artículo 88 de la Carta Política, que consagra:

"ARTICULO 88. *La Ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio público, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen ella. (...)"*

A su vez, el referido artículo 4º de la Ley 472 de 1998 lo incluye de la siguiente manera:

"Art. 4º. *— Derechos e intereses colectivos, son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*
j) *El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
(...)"

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se trata también de un derecho de origen constitucional; pues si bien el artículo 365 no hace alusión a su naturaleza colectiva, establece que es deber del Estado garantizar la prestación eficiente del servicio a todos los habitantes del territorio nacional.

De igual forma, establece que hace parte de la lista enunciativa del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 (literal j), que indiscutiblemente le atribuye su dimensión colectiva y en numerosas disposiciones legales relativas a los servicios públicos en general. Así se pronunció en sentencia del 19 de abril de 2007⁸, de la que se transcribe:

"En lo que respecta a los servicios públicos domiciliarios de manera particular, se establece (artículo 9.3 de la Ley 142 de 1994) sobre derechos de los usuarios, el derecho de éstos a "obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes."

El derecho de acceso a los servicios públicos en este sentido, está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos.

Esta sola condición, sin embargo, no basta; a esta capacidad debe agregársele el cumplimiento de unos requisitos que deben cumplir los prestadores de estos servicios: eficiencia y oportunidad. Por eficiencia, que como se anotó es un imperativo constitucional de los servicios públicos, debe entenderse la prestación de estos utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir los fines propuestos; por oportunidad, en cambio, se debe entender la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos.

La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna. Para ello se hace necesario una acción o una omisión frente al requerimiento de la comunidad de convertirse en usuaria del respectivo servicio; también acciones precisas pueden atentar contra los atributos de eficiencia y oportunidad que deben caracterizar a los servicios públicos."

5. SUBSIDIOS EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2007, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación No. AP-54001233100020030026601

El artículo 367 de la Constitución Política establece que en la ley se fijarán las competencias y responsabilidades respecto de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y que en las tarifas se deberán tener en cuenta además de los costos para la prestación del servicio, los criterios de solidaridad y redistribución de los ingresos.

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

A su vez, de conformidad con los criterios de solidaridad y redistribución de los ingresos en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, el artículo 368 ibídem consagra que *"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."*

Para desarrollar tal precepto, el artículo 3.1 de Ley 142 de 1994 *"Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"*, dispone que el Estado puede intervenir en los servicios públicos otorgando subsidios a las personas de menores ingresos.

En el mismo sentido, el artículo 5.3 de aquel estatuto señala que los municipios podrán otorgar subsidios a dicha población con cargo a su presupuesto, *"de acuerdo con lo dispuesto en la ley 60/93"*.

De conformidad con el artículo 14.29, el subsidio se define 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."*

Por su parte, el artículo 67.4 precisa que es función del Ministerio de Minas y Energía respecto de los servicios públicos domiciliarios de energía y gas combustible, identificar el monto de los subsidios que debería otorgar la Nación con el fin de que sean incluidos en el presupuesto nacional.

En cuanto a la financiación de los subsidios, el artículo 89 indica que *"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."*

De esta forma, a los usuarios de los inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, industriales y comerciales, se les cobra una contribución de solidaridad en la factura de servicios públicos domiciliarios, con el fin de subsidiar a los usuarios de los inmuebles residenciales y de las zonas rurales de los estratos 1, 2 y 3.

Los subsidios se ven reflejados como un descuento en la factura del servicio público domiciliario, sin embargo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 99.6, *"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. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1."*

Es importante resaltar, que el artículo 99.9 prohíbe la exoneración del pago de los servicios públicos domiciliarios a cualquier persona natural o jurídica, esto con el fin de dar cumplimiento a los principios de solidaridad y redistribución del servicio.

Con base en las anteriores disposiciones, el Consejo de Estado en un proceso de acción popular mediante sentencia del 19 de abril de 2007⁹, amparó los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, ordenando a un municipio que adoptará las medidas administrativas necesarias para asumir económicamente los subsidios en los términos de la Ley 142 de 1994 y normas concordantes.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2007, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, radicación No. 15001-23-31-000-2004-00788-01(AP)

En la providencia se expuso, que todas las entidades mencionadas en el artículo 348 de la Constitución Política, tienen la obligación de aportar recursos para subsidiar los servicios públicos domiciliarios; igualmente, se precisó que los operadores de los servicios no tienen la obligación de subsidiar, porque su deber consiste en otorgar los subsidios pero con el dinero recaudado de las contribuciones y de las entidades obligadas a subsidiar.

Finalmente, explicó que el subsidio debe verse reflejado en un descuento sobre el consumo, reiterando que no puede estar soportado únicamente en los superávit de las contribuciones de los estratos 5 y 6, y del sector industrial y comercial, sino también con los recursos de la Nación y las entidades territoriales. De la providencia se destaca:

"En conclusión, para la Sala es claro que todas las entidades a que se refiere el artículo 368 de la CP tienen la obligación de aportar recursos para subsidiar todos los servicios PUBLICOS domiciliarios a que se refieren las Leyes 142 y 143 de 1994. Otro es el problema de determinar la manera como debe concurrir cada entidad para cubrir los faltantes de contribuciones.

(...)

De otro lado, en cuanto a la posible obligación de subsidiar, a cargo de los distintos operadores de los servicios PUBLICOS, para la Sala es claro que no existe disposición jurídica en este sentido. Su deber consiste en otorgar subsidios, pero con los recursos que recauda de las contribuciones, más los que recibe de las entidades obligadas a subsidiar. No obstante, en caso de que sean insuficientes, o si las entidades estatales no hacen los aportes que les corresponden, el operador no asume responsabilidad alguna frente a los usuarios.

(...)

En otras palabras, la tarifa es el precio que se cobra por el servicio público, y sobre ella los estratos bajos deben recibir el subsidio que la ley contempla, de manera que al momento de determinar si se están cumpliendo las normas legales sobre subsidios, el municipio no puede decir que cobra tan barato que el componente de subsidio está incluido en la tarifa. Este argumento desconoce que el subsidio se debe reflejar como un descuento sobre el consumo, de manera que se refleje de cuánto fue éste y cuánto debe pagar el usuario de estratos bajos.

(...)

También debe recordarse que la financiación de los subsidios no puede soportarse, únicamente, en los recursos que provienen de los superávit de las contribuciones de los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial, que se transfieren a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, sino también con la canalización de recursos provenientes de los presupuestos de las diferentes entidades estatales - Nación, departamentos, distritos y municipios- que tienen la obligación, constitucional y legal, de subsidiar los SPD, ya sea de forma directa, a través de convenios con las empresas prestadoras de servicios PUBLICOS, o de forma indirecta, transfiriendo recursos a los fondos."

De otro lado, el artículo 97 de la Ley 142 de 1994 establece que para la masificación de los servicios públicos domiciliarios, las empresas prestadoras obligatoriamente deben otorgar *"plazos para amortizar los cargos de la conexión domiciliaria, incluyendo la acometida y el medidor, los cuales serán obligatorios para los estratos 1, 2 y 3."*

Así mismo, el inciso 2º de esa disposición abre la posibilidad para que los costos de conexión, acometida y medidor de los referidos estratos puedan ser asumidos por los municipios, departamentos o la Nación, *"a través de aportes presupuestales para financiar los subsidios otorgados a los residentes de estos estratos que se benefician con el servicio y, de existir un saldo a favor de la persona prestadora del servicio, se aplicarán los plazos establecidos en el inciso anterior, los cuales, para los estratos 1, 2 y 3, por ningún motivo serán inferiores a tres (3) años, salvo por renuncia expresa del usuario."*

En torno a la posibilidad de subsidiar la conexión, acometida y medidor específicamente del servicio público de gas domiciliario, la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG- mediante concepto del 17 de abril de 2015¹⁰, radicado con el No. TL-2015-000051, concluyó que si bien el artículo 97 de la Ley 142 de 1994 permite que los entes territoriales y la Nación otorguen tal subsidio, no quiere decir que deba concederse a todos los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Del concepto se destaca:

"Así las cosas, con el ánimo de masificar el uso de los servicios públicos domiciliarios, en la Ley de servicios público se introdujo para los estratos 1, 2, y 3 la obligación para las empresas prestadoras otorguen plazos para amortizar los costos de la conexión domiciliaria."

De igual forma introdujo al posibilidad de que la nación, el departamento o el municipio pueden cubrir los costos de conexión, acometida y medidor a través de aportes presupuestales para financiar subsidios."

De manera que, la Ley no establece que se deban entregar a todos los usuarios de gas de los estratos 1,2 y 3 subsidios para sus conexiones de gas combustible por redes de tubería."

Ahora bien, el Gobierno Nacional a través de distintos fondos, entre estos, el Fondo Especial de Cuota de Fomento, el Fondo Nacional de Regalías y los mismo entes territoriales otorgan recursos para cofinanciar las conexiones de los usuarios, así como las redes de distribución, pero estos sólo se asignan a los usuarios de unas zonas del país donde se cumplen ciertos requisitos o características."

¹⁰<http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/4cc22458dd96408005256eef006e84eb/ec2503d86e39a36b05257fc600685256?OpenDocument>

Con posterioridad a la presentación de la demanda, el artículo 211 de la Ley 1753 de 2015 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 'Todos por un nuevo país'*", estableció que podrán financiarse con el sistema general de regalías o con rentas propias de los entes territoriales, proyectos de masificación del gas combustible incluyendo subsidios para la conexión domiciliaria y las redes internas de los usuarios de los estratos 1 y 2, así como del sector rural.

A continuación entonces, se hablará del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de los servicios públicos de energía eléctrica y gas, así como del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural, a los que alude el citado concepto como mecanismos para cofinanciar la conexión y medición del servicio público de gas natural domiciliario.

6. FONDO DE SOLIDARIDAD PARA SUBSIDIOS Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS

Como ya se dijo, la fuente principal de los subsidios en los servicios públicos domiciliarios son las contribuciones de solidaridad canceladas por los usuarios de los estratos 5 y 6, y del sector industrial y comercial. Para la administración de los excedentes de estos recursos, la Ley 142 de 1994 ordenó la creación de los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos.

De esta forma, en el inciso 2° del artículo 89 se consignó que 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"*, esto en lo que respecta a los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

En cuanto a los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, el artículo 89.3 señala que *"los recaudos que se obtengan al distinguir, en las facturas de energía eléctrica y gas combustible, el factor o factores arriba dichos, y que den origen a superávits, después de aplicar el factor para subsidios y sólo por este concepto, en empresas oficiales o mixtas de orden nacional, y privadas se incorporarán al presupuesto de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), en un 'fondo de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos', donde se separen claramente los recursos y asignaciones de estos dos servicios y que el congreso destinará, como inversión social, a dar subsidios que permitan*

generar, distribuir y transportar energía eléctrica y gas combustible a usuarios de estratos bajos, y expandir la cobertura en las zonas rurales preferencialmente para incentivar la producción de alimentos y sustituir combustibles derivados del petróleo."

De acuerdo con las anteriores disposiciones, los municipios son los encargados de administrar los excedentes o superávits de las contribuciones de solidaridad en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y la Nación hace lo propio para los servicios de energía, telefonía y gas.

Respecto de la naturaleza jurídica del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física, el artículo 2 del Decreto 847 de 2001 indica que es un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Minas y Energía, en el cual se incorporan los excedentes de la contribución de solidaridad.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 3 ibídem, le corresponde al Ministerio de Minas y Energía: i) presentar el anteproyecto de presupuesto relacionado con los montos de los recursos que se asignarán para el pago de subsidios con cargo al Presupuesto General de la Nación y con recursos del Fondo; ii) determinar el monto de las contribuciones facturadas y los subsidios aplicados que se reconocerán trimestralmente a las empresas que los facturen, en el proceso de conciliación de subsidios y contribuciones de solidaridad; y iii) administrar y distribuir los recursos del fondo para subsidiar los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible.

A su turno, el artículo 10 consigna que los recursos deben asignarse teniendo en cuenta que los departamentos, municipios y distritos también pueden otorgar subsidios, por lo cual los recursos del fondo se destinarán preferentemente a los usuarios de los municipios *"que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios recursos."*

Por su parte, en cuanto al uso de los recursos del fondo para subsidiar la conexión del servicio público de gas natural domiciliario, el inciso 2° del artículo 4 de la Ley 632 de 2000 estableció que *"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 validados 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."

7. FONDO ESPECIAL CUOTA DE FOMENTO DE GAS NATURAL

Con el fin de promover y cofinanciar proyectos de infraestructura para el uso del gas natural en los municipios y el sector rural con mayores necesidades básicas insatisfechas, mediante el artículo 15 de la Ley 401 de 1997 se creó un fondo especial sin personería jurídica, administrado y manejado por la Junta Directiva de la extinta Ecogas¹¹, *"cuyos recursos provendrán de una cuota de fomento, la cual será del uno y medio por ciento (1.5%) sobre el valor de la tarifa que se cobre por el gas objeto del transporte, efectivamente realizado"*.

Se estableció en esa disposición, que serían sujetos pasivos de la cuota de fomento *"todas las personas naturales o jurídicas que sean remitentes del Sistema Nacional de Transporte de Gas Natural"*; posteriormente, el artículo 63 de la Ley 1151 de 2007 incrementó la cuota de fomento del 1.5% al 3% sobre el valor de la tarifa que se cobre por el gas objeto del transporte efectivamente realizado y se indicó también, que a partir del 1 de enero de 2008 el fondo sería administrado por el Ministerio de Minas y Energía.

Ahora bien, mediante el Decreto 3531 de 2004 modificado por el Decreto 1718 de 2008, se reglamentó el fondo definiendo en el artículo 1 que la cofinanciación de proyectos es el *"aporte de recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento con el objeto de completar los recursos necesarios para la ejecución total de proyectos elegibles dirigidos al desarrollo de la infraestructura para el uso del gas natural"*.

Igualmente, se definió que los proyectos de infraestructura cofinanciables son aquellos destinados *"para la construcción, incluido el suministro de materiales y equipos, y puesta en operación"* de: i) gasoductos ramales y/o Sistemas regionales de transporte de gas natural; ii) sistemas de distribución de gas natural en municipios que no pertenezcan a un

¹¹ Creada por el artículo 1 de la misma ley como *"una entidad descentralizada del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía con el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonial, que se denominará Empresa Colombiana de Gas y podrá usar la sigla Ecogas, entidad que se regirá por lo establecido en la presente ley, por los estatutos que adopte y apruebe la Junta Directiva y sujeta a la regulación, vigilancia y control de las autoridades competentes."*

área de Servicio Exclusivo de Distribución gas natural y; iii) *conexiones de usuarios de menores ingresos*.

A su vez, en el párrafo 2º del artículo 8 se precisó que los usuarios de menores ingresos pueden formular solicitudes de proyectos de infraestructura *"por intermedio de la empresa prestadora del servicio de distribución de gas natural por redes que, en caso de realizarse el proyecto, le prestaría el servicio"*, para que esta a su vez lo presente a la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME–, con el fin de que verifique el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad del proyecto.

Mediante la Resolución No. 0417 del 29 de septiembre de 2010, la UPME estableció los requisitos de presentación de los proyectos de infraestructura para ser cofinanciados con recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural, señalando entre otros que las solicitudes de usuarios de menores ingresos deben contar con el aval técnico de la empresa distribuidora de gas natural que se compromete a prestar el servicio.

Así mismo, se consignó que la UPME de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 3531 de 2004, debe tener en cuenta un indicador para priorizar los proyectos de infraestructura, apelando a los siguientes criterios: i) índice de necesidades básicas insatisfechas (NBI), definido por el Departamento Nacional de Estadísticas, DANE; ii) número de usuarios directamente beneficiados con el proyecto; iii) demanda de gas natural esperada por el proyecto; iv) ubicación de la entidad territorial; v) cofinanciación, distinta de la que se solicita al Fondo, respecto del valor total del proyecto de infraestructura. No incluye los valores de cofinanciación para las redes internas de todos los usuarios, ni las conexiones distintas a las de los Usuarios de Menores Ingresos.

Posteriormente, el artículo 98 de la Ley 1450 de 2011 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014"*, reiteró que el Ministerio de Minas y Energía es el encargado de su administración y agregó que con los recursos del fondo se *"podrá promover y cofinanciar la red interna necesaria para el uso del gas natural en los municipios y en el sector rural prioritariamente dentro del área de influencia de los gasoductos troncales, de los usuarios pertenecientes a los estratos 1 y 2."*

7. CASO CONCRETO

Desde ya advierte la Sala, que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en cuanto negó las pretensiones de la demanda, porque contrario a lo que parece entender la parte actora, no es obligatorio en los términos del artículo 97 de la Ley 142 de 1994, que a todos los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 se les conceda subsidios para la conexión del servicio público de gas natural domiciliario, por lo que no es procedente que el juez popular ordene la devolución de lo pagado por tal concepto.

Efectuada la anterior precisión, se encuentra acreditado que el Barrio Coronado del Municipio de Palmira es de estrato socioeconómico 1 y que en el año 2011 sus habitantes suscribieron contratos para la prestación del servicio público de gas natural domiciliario por red física con la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., incluyendo la conexión del mismo, para lo cual la empresa concedió plazos a los usuarios entre 3 y 6 años con el fin de sufragar el cargo de conexión, de acuerdo a lo manifestado en la demanda.

Posteriormente, la parte actora el día 26 de julio de 2013 solicitó a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P, la aplicación de subsidios para la conexión y que se les restituyera a los usuarios lo pagado hasta ese momento.

La empresa respondió la petición mediante oficio del 13 de agosto de aquel año, informando que con anterioridad había suscrito con el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA como administrador del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural, el convenio de cofinanciación No. 124 de 2010, cuyo objeto era llevar a cabo la conexión del servicio público de gas natural domiciliario por red física a diferentes municipios del Departamento del Valle del Cauca en los estratos 1 y 2, entre los que no fue beneficiario el Municipio de Palmira.

Sobre el particular, los entes territoriales pueden financiar con recursos propios los costos de conexión, acometida y medidor de los servicios públicos domiciliarios; a su vez, la Nación puede otorgar los subsidios con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible, para lo cual debe priorizar a los usuarios de los municipios con menor capacidad para otorgar subsidios con recursos propios.

Pese a ello, se observa que en este caso los usuarios del Barrio Coronado solicitaron directamente la conexión y prestación del servicio público de gas natural domiciliario a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., sin haber formulado previamente la solicitud de subsidio para la conexión al Municipio de Palmira, al Departamento del Valle del Cauca o a la Nación.

Ciertamente, aunque en la demanda se sugirió que los usuarios suscribieron los contratos para la prestación del servicio con base en engaños *-conducta que no se encuentra demostrada en el proceso-*, lo que se evidencia es que luego de tener conectado el servicio y una vez se empezaron a expedir las respectivas facturas por el consumo junto con el cargo de conexión, los usuarios solicitaron la aplicación del subsidio a la empresa prestadora quien no tiene la obligación de otorgar subsidios a los costos de conexión con sus propios recursos porque no existe norma jurídica que así lo disponga.

Igualmente, se desconoce la razón por la cual los habitantes del Barrio Coronado tampoco solicitaron previamente el aval de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. para la presentación de un proyecto de infraestructura de gas natural como usuarios de menores ingresos, para que la Unidad de Planeación Minero Energética estudiara la posibilidad de que la conexión fuera cofinanciada con recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento de Gas Natural, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 3531 de 2004, modificado por el Decreto 1718 de 2008 y la Resolución No. 0417 del 29 de septiembre de 2010, teniendo en cuenta que en el pasado se suscribió un convenio en ese sentido en el que fueron beneficiarios algunos municipios del Departamento del Valle del Cauca.

De esta forma, aunque el subsidio de conexión de los servicios públicos domiciliarios tiene como finalidad la masificación de los mismos, se reitera que necesariamente no debe otorgarse a todos los usuarios de los estratos 1, 2 y 3, y en esa medida no se vulneró el derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna de los usuarios del Barrio Coronado del Municipio de Palmira, quienes podían haber accedido al subsidio de conexión teniendo en cuenta su estratificación pero no lo solicitaron en su debido momento.

Así mismo, tampoco se vulneró el aludido derecho como quiera que la empresa prestadora del servicio público amortizó el cargo de conexión en plazos entre 3 y 6 años como lo

dispone el artículo 97 de la Ley 142 de 1994; y además, se está aplicando el subsidio al consumo que se ve reflejado en un descuento en las facturas allegadas con la demanda.

Ahora bien, de considerar los usuarios que en las facturas del servicio público de gas natural domiciliario se están incluyendo cargos que no corresponden, deben presentar el respectivo recurso de reposición ante la empresa prestadora del servicio y en subsidio de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que revise la facturación.

Finalmente, aunque se va a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, se exhortará al MUNICIPIO DE PALMIRA para que estudie la posibilidad una vez conocida la situación de los usuarios del servicio público de gas natural domiciliario del Barrio Coronado, de subsidiar el cargo de conexión que se encuentran pagando teniendo en cuenta que con posterioridad a la presentación de la demanda se expidió el Acuerdo Municipal No. 046 del 20 de octubre de 2014, mediante el cual se autorizó al Alcalde Municipal para conceder subsidios en esa materia.

En consecuencia, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, en Sala Fija Jurisdiccional de Decisión Oral No. 4, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 064 del 27 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: EXHORTAR al MUNICIPIO DE PALMIRA para que estudie la posibilidad de subsidiar el cargo de conexión que se encuentran pagando los usuarios del servicio público de gas natural domiciliario del Barrio Coronado, teniendo en cuenta que con posterioridad a la presentación de la demanda se expidió el Acuerdo Municipal No. 046 del 20 de octubre de 2014, mediante el cual se autorizó al Alcalde Municipal para conceder subsidios en esa materia.

TERCERO: Sin condena en costas por tratarse de una acción constitucional.

CUARTO: Admitir la renuncia de poder presentada por el abogado CARLOS ALBERTO ÁLVAREZ PÉREZ visible a folio 600 del cuaderno No. 1A, para actuar como apoderado de la NACIÓN- MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA.

QUINTO: Admitir la renuncia de poder presentada por el abogado EDUARDO ARANGO SUAREZ a folio 602 del mismo cuaderno, para actuar como apoderado del MUNICIPIO DE PALMIRA.

SEXTO: Notificada y ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en Sala Fija Jurisdiccional de Decisión Oral No. 4 efectuada en la fecha.

Los Magistrados,


LUZ ELENA SIERRA VALENCIA


OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT


PATRICIA FEUILLET PALOMARES

76001-33-33-005-2015-00117-02 FAZH SENTENCIA

32TC0024FEB2020m11-00

